

ZUR ANWENDBARKEIT
DES NOTSTANDSRECHTS
DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Dissertation
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät
der
Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von
Frank-Bodo von Wehrs
aus Sorau/Niederlausitz

Mainz 1971

DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DES NOTSTANDSRECHTS
ZUR ANWENDBARKEIT

Dissertation

eines Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)
zur Erlangung des Grades
in Mainz
Johannes Gutenberg-Universität
der
Fakultät
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
vorgelagt der

von

Frank-Bodo von Wehrs
aus Sörsen/Niederrhein

Mainz 1971



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ZUR ANWENDBARKEIT
DES NOTSTANDSRECHTS
DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

D i s s e r t a t i o n
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät
der
Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von
Frank - Bodo von Wehrs
aus Sorau/Niederlausitz

Mainz 1971

1. Berichterstatter: Professor Dr. Schneider
2. Berichterstatter: Professor Dr. Armbruster

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 1971



III

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
A. EINLEITUNG	1
B. DIE WIRKUNGEN DER FESTSTELLUNGEN IM EINZELNEN	5
I. Wirkungen im Verhältnis des Bundes zu den Ländern	5
1. Im Bereich der Gesetzgebung	5
a) Rechtsverordnungen materiellen Inhalts	5
aa) Zentralisierung der Gesetzgebung	5
bb) Die Geltungsverlängerung	7
b) Normen im formellen Sinne	8
aa) Zentrale Organisationsgewalt	8
bb) Behördenkumulierung	14
cc) Wechsel des Verwaltungstyps	15
dd) Kompetenzsprung	16
2. Innerhalb der Verwaltung: zentrales Anordnungsrecht	17
II. Änderungen im Verhältnis des Bürgers zum Staat	18
1. Die Kompetenzerweiterung	18
2. Die Verpflichtungsbedingung	20
3. Die Verwaltungsvereinfachung	20
4. Begrenzung der Rechtsmittelwirkung	21
5. Rechtsmittelbeschränkung	22
C. ERLAUBT DAS GRUNDGESETZ, VORSORGE FÜR DEN NOTSTANDSFALL ZU TREFFEN ?	23
I. Einleitung	23
II. Das Demokratieverständnis des Grundgesetzes	25
1. Identitätsvorstellungen	25
2. Repräsentative Vorstellungen	27
3. Einzeluntersuchungen	29
a) Das Arbeitssicherstellungsgesetz	29
b) Das Wehrpflichtgesetz	29
c) Das Zivilschutzkorpsgesetz	32
d) Das Sachleistungsrecht	33
III. Die bundesstaatliche Struktur der Bundesrepublik	36
1. Die Problemstellung	36
2. Die Bundesstaatstheorien	37

IV

a)	Der Bundesstaat als Souveränitätsproblem (Georg Jellinek, Jürgen Harbich)	37
b)	Der Bundesstaat als Ausdruck landsmannschaftlicher Verbundenheit	38
c)	Der Bundesstaat als ein Mittel, die Staatlichkeit zu verteidigen (Arnold Köttgen, Peter Lerche)	39
d)	Der Bundesstaat als ein System des Gewaltenba- lancement (Montesquieu, Konrad Hesse) Die Gewaltenteilung	40 41
IV.	Das Gebot der Rechtsstaatlichkeit und die Vorsorge für einen Notstand	44
1.	Der instrumentale Rechtsstaatsbegriff ForsthoFFs Exkurs: Rechtsstaat und Kompetenzerweiterung	45 47
2.	Rechtsstaatlichkeit als eine Forderung eines demo- kratisch regierten Staates	48
D.	DIE NACHPRÜFBARKEIT DER FESTSTELLUNGEN	50
I.	Einleitung	50
II.	Rechtswege	52
1.	zu den Verwaltungsgerichten	52
2.	zum Bundesverfassungsgericht	55
III.	Die Feststellungen ein unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum	56
1.	Entwicklung der Arbeitshypothese	56
2.	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspiel- raum und ihre Rechtfertigung	57
3.	Strukturgleichheit der Feststellungen mit den unbe- stimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum	63
4.	Aussagekraft der vom Bundesverwaltungsgericht ent- wickelten Kontrollgesichtspunkte	67
5.	Die These der Arbeit	68
IV.	Die Feststellungen in der non-liquet-Situation	69
1.	Die Problemstellung	69
2.	Aufrechterhaltung wegen des Sachzwanges, Notstands- maßnahmen einheitlich zu vollziehen?	70
3.	Entziehen sich die Feststellungen als politische Ent- scheidung der richterlichen Nachprüfung?	72

V

a) die Regierungsfunktion	74
b) der Regierungsakt als politische Entscheidung	80
aa) Carl Schmitt und Dolf Sternberger	80
bb) Der Regierungsakt in der nationalsozialistischen Praxis	82
cc) Die Entwicklung im Gebiete der DDR	84
dd) Die Integrationslehre von Rudolf Smend	86
c) Der Regierungsakt in rechtsvergleichender Sicht	89
aa) Frankreich - Acte de Gouvernement	89
bb) Englisches Recht - Acte of State	92
d) Synopse	96
4. Das Informationsproblem	97
5. Die Entscheidung im Beweisnotstand	98
V. Verstoß gegen Formvorschriften	103
1. Die Notwendigkeit einer Verkündung	104
2. Die Form der Verkündung	105
3. Die Möglichkeit einer Analogie zu Artikel 115 a Absatz 3 Satz 2 GG?	109
4. Ergebnis und Folge eines Verkündungsfehlers	110
E. MÜSSEN ALLE FESTSTELLUNGEN IN DIE KOMPETENZ DES PARLAMENTS GEGEBEN WERDEN ?	112
1. Die Problemstellung	112
2. Ausgrenzungen	113
a) Staatsnotrecht	113
b) Notstand, Stunde der Exekutive (rechtsvergleichender Überblick)	117
c) Artikel 5 Abs. 2 des Deutschlandvertrages vom 26. 5. 1952	122
3. Ist die differenzierte Behandlung der Feststellungen durch den Gesetzgeber folgerichtig?	122
a) Ist eine Unterscheidung nach Eingriffstiefen möglich?	124
b) Ist die krisenverschärfende Wirkungen unterschiedlich?	125
c) Zwingt die Mitgliedschaft in der NATO zur Differenzierung?	128
d) Zwingt die allgemeine Aufgabenzuweisung im gewaltenteilenden Staat zur Differenzierung?	130
aa) Gewaltenteilung als Form der Arbeitsteilung	131
bb) Gewaltenteilung als Funktionstrennung im Kernbereich	132
cc) Gewaltenteilung zur Balancierung der Gewalten	135
dd) Aufgabenzuweisung nach der Funktionsgerechtigkeit	137

VI

ee) Gewaltenteilung als Forderung gelebter Demokratie	139
ff) Gewaltenteilung als ein Mittel der Machtteilnahme	140
gg) Zusammenschau der Aspekte der Gewaltenteilung	140
hh) Ist die gegenwärtige Regelung wegen eines Verstoßes gegen das Prinzip der Gewaltenteilung verfassungs- widrig?	142
4. Die Differenzierung und das Gebot der Rechtsstaatlichkeit	143
5. Ergebnis	146
F. DIE THESEN DER ARBEIT	147

VII

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|--|---|
| Abendroth, Wolfgang | Bericht zur 1. Anhörung am 9.11.1967
Protokolle des Rechtsausschusses Nr. 55,
des Innenausschusses Nr. 71, S. 40-51 |
| " " | Zusätzliche Notstandsermächtigungen?
Das Problem der Grundgesetzänderung (II)
Frankfurter Hefte Jahrg. 1962 S. 244 ff. |
| Anschütz, Gerhard | Die Verfassung des Deutschen Reiches,
4. Bearbeitung, 14. Aufl., Berlin 1932 |
| Apelt, Willibald | L'acte de gouvernement dans la jurisprudence et
la doctrine en France et en Allemagne.
Livre Jubilaire du Conseil d'Etat, Paris 1952 |
| Auby - Drago | Traité de Contentieux administratif Tome 1,
Paris 1962 |
| Auby, Jean-Marie -
Ducos-Ader, Robert | Institutions administratives
Paris 1966 |
| Bachof, Otto | Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimm-
ter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht in JZ 1955,
S. 97-102 |
| " " | Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme
einer Amtshandlung, Tübingen 1951 |
| " " | Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz
Tübingen 1957 (Recht und Staat 202/203) |
| Ballreich, Hans | Das Staatsnotrecht in Belgien,
S. 1-28 in: Das Staatsnotrecht (Beiträge zum
ausländischen öffentlichen Recht und Völker-
recht Bd. 51) |
| Bäumlin, Richard | "Demokratie", in Evangelisches Staatslexikon
(herausgegeben von H. Kunst und S. Grundmann)
Stuttgart Berlin 1966 |
| " " | Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke,
in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
1965 S. 81-102 |

VIII

- | | |
|-------------------------|---|
| Ball, Albert | Die Errichtung von Bundesoberbehörden
jur. Diss. Mainz 1964 |
| Barth, Eberhard | Der Soldat im Rechtsstaat
Hamburg, Berlin 1967 (Bd. 15 der Reihe "Truppe und Verwaltung", herausgegeben von Graf Kielmansegg und W. Casper) |
| Bauch-Danckelmann-Kerst | Bundesleistungsgesetz (Kommentar)
2. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965 |
| Baudissin, Graf | Soldat in der offenen Gesellschaft,
in: Armee gegen den Krieg, herausgegeben von Wolfgang v. Raven, Stuttgart 1966 |
| Bechert, Karl | Kritik der Notstandsverfassung
in: GewMoH 1967 S. 449-458 |
| Benda, Ernst | Die Notstandsverfassung,
(Geschichte und Staat Bd. 113)
München, Wien 1966 |
| Berber, Friedrich | Lehrbuch des Völkerrechts
1. Bd.: Allgemeines Friedensrecht
München, Berlin 1960
2. Bd.: Kriegsrecht
München, Berlin 1962
3. Bd.: Streiterledigung, Kriegsverhütung,
Integration
München, Berlin 1964 |
| Berthélemy, H. | Traité élémentaire de droit administratif,
13. Aufl. Paris 1933 |
| Bettermann, Karl August | Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt
in: MDR 1949 S. 394 ff. |
| " " | Verwaltungsakt und Richterspruch,
in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek)
(Veröffentlichung des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. Mainz Bd. 6) S. 361-389 |
| " " | Das Verwaltungsverfahren
in: VVDStRL Heft 17 S. 118-182 |

IX

Bluntschli, J.C. - Brater, K.	Deutsches Staatswörterbuch, 7. Bd. Stuttgart, Leipzig 1862
Bilanz	Bilanz des zweiten Weltkrieges - Erkenntnisse und Verpflichtungen für die Zukunft, herausge- geben von Gerhard Stalling Verlag Oldenburg/ Oldb. - Hamburg 1953
Boehr (o. V.)	Nochmals: Die Schutzhaft gem. Verordnung vom 28.2.1933 in: JW 1933 S. 2499
Bonner Kommentar	Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Loseblatt) 2. Bearbeitung, einschließlich der 16. Lieferung, Hamburg seit 1964
Brenner, Otto	Bericht bei der 2. öffentlichen Informationssit- zung des Rechts- und des Innenausschusses am 16.11.1967 Protokoll Nr. 57 des Rechtsausschusses, Nr. 73 des Innenausschusses S. 41 ff.
" "	Nein zur Notstandsgesetzgebung - Ja zur sozialen Demokratie, in: GewMoH 1963 S. 260 - 264
" "	Nein zum Notstands- und Notdienstgesetz, in: GewMoH 1961 S. 70-72
Brintzinger, Ottobert	Aufgaben und Grenzen der Verfassungsgerichts- barkeit, in: NpolLiT 1965, S. 133 ff.
v. Brünneck, Wiltraut	Können Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß ein Bundesminister ermächtigt ist, von der Bundes- regierung erlassen werden? in: DöV 1951, S. 257-260
Bülow, Oskar	Gesetz und Richteramt Leipzig 1885
Burckhardt, Walter	Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1943
Chapus, René	L'acte de gouvernement, monstre ou victime? in: Recueil Dalloz 1958 S. 5 ff. (Chroniques)

- Churchill, S. Winston Memoiren, Bd. 2: Englands größte Stunde,
Der Zweite Weltkrieg
Stuttgart - Hamburg 1950
- v. Clausewitz, Carl Vom Kriege
16. Aufl., Bonn 1952
- Coing, Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie - (Lehrbücher
und Grundrisse der Rechtswissenschaft Bd. 19)
Berlin 1950
- Constant, Benjamin De L'Esprit de conquete (dt: Über die Gewalt,
übersetzt von Hans Zbinden) Stuttgart 1948
(Universalbibliothek Nr. 7618-20)
- Dicey, A. V. Introduction to the study of the law of
Constitution.
10. Aufl. London 1961 (mit einer Einleitung von
E. C. S. Wade).
- Dittrich, Stefan Die neuste Entwicklung des Apothekenrechts,
in: NJW 1964 S. 1049
- Doehring, Karl Das Staatsnotrecht in den Vereinigten Staaten
von Amerika, S. 209-247
in: Das Staatsnotrecht, Köln, Berlin 1955
- Drath, Martin Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit,
in: VVDStRL Heft 9, S. 17-116
- " " Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat,
ihren Gebieten und Methoden,
in: Probleme in Staat und Kirche
(Smend-Festschr. zum 70. Geburtstag)
Göttingen 1952, S. 41 ff.
- Dürig, Günther Staatsformen, III. Demokratie,
Bd. 9, S. 747 ff. HdSW Stuttgart - Tübingen -
Göttingen 1956
- Duez, Paul Les Actes de Gouvernement, in:
Annuaire de L'Institut international de droit
public, Bd. 2, S. 35 ff.
Paris 1931
- Ebke, Klaus Bundesstaat und Gewaltenteilung
jur. Diss. Göttingen 1965

Ehmke, Horst	"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht. Tübingen 1960 (Recht und Staat 230/31)
" "	Grenzen der Verfassungsänderung Berlin 1953
" "	Verfassungsänderung und Verfassungsdurch- brechung in: AöR 79, S. 385-418
Eisenmann, Charles	Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französi- schen Recht (Actes de gouvernement) JöR Bd. 2 n. F. S. 1 ff.
Engel, Franz-Wilhelm	Handbuch der NATO Frankfurt/M. 1957
Engisch, Karl	Der rechtsfreie Raum ZfgesStW Bd. 108, S. 385-430
Ermacora, Felix	Die Organisationsgewalt in: VVDStRL Heft 16, S. 191-236
Esenwein-Rothe, Ingeborg	Die Wirtschaftsverbände von 1933-1945 in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik - Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissen- schaften, Bd. 37 n. F. : Wirtschaftsverbände und Wirtschaftspolitik, herausgegeben von A. Predöhl und G. Weippert, Berlin 1965
Esmein, A. - Nézard Henry	Eléments de droit constitutionnel français et comparé Bd. 2, 8. Aufl., Paris 1928
Evers, Hans-Ulrich	Notstand - Grenze des Rechtsstaats in: Aus Politik und Zeitgeschichte Nr. 43 aus 1965 S. 3-11
" "	Die perfekte Notstandsverfassung in: AöR Bd. 91, S. 1-41 und S. 192 ff.
" "	Rechtsprobleme des äußeren Notstands in: Material zur Notstandsfrage, herausgegeben vom DGB, S. 48 ff. (ohne Ort und Jahr)

- Eyermann, Erich -
Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar)
4. Aufl., München - Berlin 1965
- Eyermann - Fröhler -
Hofmann Verwaltungsgerichtsgesetz
2. Aufl., München - Berlin 1954
- Fischler, (o. V.) Erläuterungen zum Bundesleistungsgesetz
in: Das Deutsche Bundesrecht I P 40 - systemati-
sche Sammlung der Gesetze und Verordnungen mit
Erläuterungen, Loseblatt, Stand Januar 1968,
Baden-Baden - Frankfurt/M.
- Fleiner-Giacometti Schweizerisches Bundesstaatsrecht
Zürich 1949
- Fleiner, Fritz Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts,
2. Neudruck der 8. Aufl., Aalen 1963
- Flor, Georg Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts in:
JR 1954, S. 125 ff.
- " " Staatsnotstand und rechtliche Bindung
in: DVBl. 1958, S. 149 ff.
- Folz, Hans Ernst Staatsnotstand und Notstandsrecht
Köln, Berlin, Bonn, München 1962
- Forsthoff, Ernst "Ausnahmезustand"
in: HdSW 1. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen
1956, S. 455 ff.
- " " Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates
in: Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 27 ff.
- " " Haben wir zuviel oder zu wenig Staat?
in: Rechtsstaat im Wandel, S. 63-77
- " " Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
1. Bd., Allgemeiner Teil, 8. Aufl.,
München, Berlin 1961
- " " Über Maßnahmegesetze
in: Rechtsstaat im Wandel, S. 78 ff.
- " " Das politische Problem der Autorität
in: Rechtsstaat im Wandel, S. 99-110

- Forsthoff, Ernst Rechtsstaat im Wandel - verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964
Stuttgart 1964
- " " Umbildung des Verfassungsgesetzes
in: Rechtsstaat im Wandel, S. 147 ff.
- Freund, Julien Der Grundgedanke der politischen Philosophie von J. J. Rousseau
in: Der Staat, Bd. 7, S. 1-16
- le Fur, Louis - Posener, Paul Bundesstaat und Staatenbund in geschichtlicher Entwicklung
1. Bd., Breslau 1902
- Garthoff, Raymond L. Sowjetstrategie im Atomzeitalter
Düsseldorf 1959
- Geer, Johann Sebastian Der Markt der geschlossenen Nachfrage - eine morphologische Studie über die Eisenkontingentierung in Deutschland 1937-1945 (Nürnberger Abhandlungen zu den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften Heft 14), Berlin 1961
- Geiger, Willi Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Kommentar)
Berlin, Frankfurt 1952
- Giacometti, Zaccharia Das Vollmachtenregim der Eidgenossenschaft, Zürich 1945
- Giese, Friedrich Verkündung und Gesetzeskraft - Zur Frage der Verlängerung und Erneuerung befristeter Gesetze
in: AöR 76 (37 n. F.) S. 464-482
- Grau, Richard Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten § 80 in HDStR, S. 274-295
2. Bd., Tübingen 1932 (herausgegeben von G. Anschütz und R. Thoma)
- Grauert, (o. V.) Die Entwicklung des Polizeirechts im national-sozialistischen Staat
in: DJZ 1934, S. 965 ff.
- Greaves, H. R. G. Grundlagen der politischen Theorie (engl. Titel "The foundations of political theorie")
(Reihe: Politica Bd. 2) Neuwied 1960

Grundmann, Siegfried	Die richterliche Nachprüfung von politischen Führungsakten nach geltendem deutschen Verfassungsrecht in: ZgesStW, Bd. 100, S. 511 ff.
Haas, Dieter	Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden, Art. 84 GG in: AöR 80, S. 81 ff.
Haenel, Albert	Deutsches Staatsrecht 1. Grundlagen des deutschen Staates und der Reichsgewalt 1. Band Leipzig 1892
Hahnenfeld, Günther	Soldatengesetz mit Nebengesetzen (Schriften für die Bundeswehrverwaltung Bd. 2/2) Hamburg, Berlin 1963
" "	Wehrpflichtgesetz (Loseblattkommentar) München, Berlin, Stand: 1. Sept. 1967
" "	Wehrverfassungsrecht (Schriften für die Bundeswehrverwaltung, Bd. 2/1) Hamburg, Berlin 1965
Handbuch Innere Führung	Handbuch der Inneren Führung Herausgegeben vom Führungsstab der Bundeswehr, 3. Aufl., Bonn 1964
Hannover, Heinrich	Die totale Erfassung des Volkes durch die Nebengesetze in: Kogon, Abendroth, Ridder: der totale Notstandsstaat, Frankfurt 1965 S. 47 ff.
Harbich, Jürgen	Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit (Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 20), Berlin 1965
Hatscheck, Julius	Englisches Staatsrecht, 2. Band: Die Verwaltung, Tübingen 1906
v. Hausen, Heinz	Zur Diskussion über die Bundeszuständigkeit aus Art. 84 und 85 GG in: DöV 1960, S. 441-444

- v. Hausen, Heinz Nochmals: Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers
aus Art. 84 und 85 GG
in: DöV 1960, S. 1-6
- Heck, Philipp Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz
in: AcP 112, S. 1-318
- " " Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz,
Tübingen 1932
- Hefti, Marcus Rechtsstellung und Tätigkeit der Vollmachten-
kommission der eidgenössischen Räte im zweiten
Weltkrieg und in der Nachkriegszeit
jur. Diss. Zürich 1951
- Henkel, Heinrich Einführung in die Rechtsphilosophie
München, Berlin 1964
- Hermann, Carl Hans Deutsche Militärgeschichte
Frankfurt/M. 1966
- Hesse, Konrad Ausnahmezustand und Grundgesetz
in: DöV 1955, S. 741
- " " Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepu-
blik Deutschland
2. Aufl., Karlsruhe 1968
- " " Der unitarische Bundesstaat
Karlsruhe 1962
- v. d. Heydte, August
Freiherr Staatsnotstand und Gesetzgebungsnotstand,
S. 59 ff.: in: Verfassung und Verwaltung in
Theorie und Wirklichkeit (Festschr. Wilhelm
Laforet, Veröffentlichung des Instituts für Staats-
lehre und Politik e. V., Mainz, Bd. 3)
München 1952
- Hintze, Otto Staatsverfassung und Heeresverfassung
in: Staat und Verfassung, gesammelte Abhand-
lungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte,
S. 52-82
2. Aufl., Göttingen 1962
- Hirschberger, Johannes Geschichte der Philosophie
Bd. 2: Neuzeit und Gegenwart
6. Aufl., Freiburg, Basel, Wien 1963

- Hoche, (o. V.) Schutzhaft nach der Verordnung vom 28.2.1933
in: DJZ 1933, S. 1490
- Höcherl, Hermann Wesen und Handhabung des föderalen Prinzips
in: Über die bundesstaatliche Ordnung der Bundes-
republik (herausgegeben vom Sekretariat des Bun-
desrates und der Bundeszentrale für Heimatdienst)
Bonn 1962, S. 3-6
- Hofmann, Werner Notstandsplanung - Wirtschaft - Arbeitnehmer-
schaft
in: Notstand der Demokratie (Redaktion Helmut
Schauer), S. 97 ff.
- Hoffmann, Reinhard Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in
Frankreich
(Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 47)
Berlin 1967
- Holz, Hans-Heinz -
Neuhöffer, Paul Griff nach der Diktatur? Texte, Kommentare,
Stellungnahmen zur geplanten Notstandsgesetz-
gebung
Köln 1965
- Huber, Ernst Rudolf Besprechung von Ipsens "Politik und Justiz"
ZgesStW Bd. 98, S. 193 ff.
- " " Reichsgewalt und Staatsgerichtshof
ohne Ort 1932
- " " Wirtschaftsverwaltungsrecht
1. Band: 2. Auflage Tübingen 1953
2. Band: 2. Auflage Tübingen 1954
- Huber, Hans Bericht über die Notstandspraxis der Schweiz bei
der 4. Anhörung (7.12.1967)
Protokoll Nr. 60 des Rechtsausschusses, Nr. 76
des Innenausschusses, S. 17-24
- Huber, Konrad Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz
- eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzes-
begriff -
(Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 12)
Berlin 1963

- van Husen, Paul Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justiz-
freie Hoheitsakte?
in: DVBl. 1953, S. 70 ff.
- Imboden, Max Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Ver-
waltung
Basel, Stuttgart 1954
- " " Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung
(Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V.
Bd. 1)
Berlin 1959
- Ipsen, Hans Peter Deutsche Gerichtsbarkeit unter Besatzungshoheit
Laun-Festschr., S. 68-96, Hamburg 1948
- " " Politik und Justiz
Hamburg 1937
- " " Die Rechtsprechung des Thür. OVG
in: AöR 74, S. 499 ff.
- Isay, Hermann Rechtsnorm und Entscheidung
Berlin 1929
- Jäger, Richard Der Staatsbürger in Uniform, S. 121-135
in: Staat und Bürger (Apelt-Festschr.)
München, Berlin 1958
- Jaenicke, Günther Das Staatsnotrecht in Großbritannien
in: Das Staatsnotrecht, S. 59 ff.
- Jahrreiß, Hermann Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herr-
schens und das Problem der Gewaltenteilung,
S. 119-139
in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen
Verfassung (Festschr. Hans Nawiaski)
München 1956
- Jaspers, Karl Wohin treibt die Bundesrepublik?
- Tatsachen Gefahren Chancen -
München 1966
- Jellinek, Georg Gesetz und Verordnung
Tübingen 1919 (Neudruck der Ausgabe 1887)
- " " Allgemeine Staatslehre
7. Neudruck der 3. Aufl., Darmstadt 1960

XVIII

Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht 3. Aufl., Offenburg 1948
" "	Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung Tübingen 1913
" "	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone in: Deutsche Rechtszeitschrift 1948 S. 269
Jesch, Dietrich	Gesetz und Verwaltung - eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzesmäßigkeitssprinzips - Tübingen 1961
" "	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht in: AöR 82, S. 163 - 249
Jèze, Gaston	Das Verwaltungsrecht der französischen Republik Tübingen 1913
Ihering, Rudolf v.	Der Zweck im Recht 1. Bd., 5. Aufl., Leipzig 1916
Kägi, Werner	Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates Zürich 1945
" "	Rechtsstaat und Demokratie (Antinomie und Synthese) S. 107 ff. in: Demokratie und Rechtsstaat (Festschr. Giacometti) Zürich 1958
Kahn, Hermann	Eskalation - die Politik mit der Vernichtungs- spirale, (engl. Titel: On escalation) Berlin 1966
Kantorowicz, Hermann (Gnaeus Flavius)	Der Kampf um die Rechtswissenschaft Heidelberg 1906
Kaufmann, Erich	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in: VVDStRL, Heft 9, S. 1 ff.

XIX

- Kehrl, Hans Kriegswirtschaft und Rüstungsindustrie
S. 265-285
in: Bilanz des zweiten Weltkrieges
Oldenburg, Hamburg 1953
- Kellner, Hugo Zum Beurteilungsspielraum
in: DÖV 1962, S. 572-583
- " " Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis
in: NJW 1966, S. 857-863
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre
2. Aufl., Wien 1960
- " " Allgemeine Staatslehre
Nachdruck der 1. Auflage, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1966
- Kissinger, Henry Alfred Kernwaffen und auswärtige Politik (engl. Original: Nuclear wapons and foreign policy)
München 1959
- Klein, Friedrich Das Verhältnis von Gesetzgebungszuständigkeit und Verwaltungszuständigkeit nach dem Grundgesetz
in: AöR 88, S. 377-410
- " " Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht
in: Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 7-117
Frankfurt/M. 1952
- Knauss, Robert Grundsätze der Erziehung und Auslese S. 293 ff.
in: Der deutsche Soldat von morgen, herausgegeben vom Institut für Staatslehre und Politik e. V., Mainz, Bd. 4
München 1954
- Kniesch, Joachim Die Stellung des Bundespräsidenten nach Grundgesetz und Staatspraxis
in: NJW 1960, S. 1325-1328
- Koellreutter, Otto Grundfragen des Verwaltungsrechts
Köln, Berlin 1955

- Köttgen, Arnold Die Organisationsgewalt
in: VVDStRL, Heft 16, S. 154-185
- " " Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung, S. 79-97
in: Göttinger Festschr. für das OLG Celle, Göttingen 1951
- " " Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung
in: JöR, Bd. 3 n.F., S. 67 ff.
- " " Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung
in: JöR, Bd. 11 n.F., S. 173-311
- Kogon, Eugen Die verhängnisvolle Vorsorge S. 3-9
in: Kogon - Abendroth - Ridder, Der totale Notstandsstaat Frankfurt/M. 1965
- Kopp, Ferdinand, O. Rechtsnatur der Aufhebung oder Verlegung von Verwaltungsbehörden
in: DöV 1965, S. 267
- Kratzer, Jacob Zustimmungsgesetze
in: AöR 77, S. 266 ff.
- Krüger, Herbert Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung
in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche (Smend-Festschr. zum 70. Geburtstag) Göttingen 1952, S. 211-241
- " " Allgemeine Staatslehre
Stuttgart 1964
- Krüger, Hildegard Zu Art. 80 Abs. 1 Satz 4 des Grundgesetzes
in: DöV 1950, S. 16
- Küchenhoff, Günther und Erich Allgemeine Staatslehre
5. Aufl., Stuttgart 1964
- Küster, Otto Das Gewaltenproblem im modernen Staat
in: AöR 75, S. 397-413

- Laband, Paul Die Verkündung von Rechtsverordnungen
in: AöR 18, S. 305-336
- Laforet, Wilhelm Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach
dem Bonner Grundgesetz
in: DöV 1949, S. 221-226
- Lassar, Gerhard Gegenwärtiger Stand der Aufgabenverteilung
zwischen Reich und Ländern
§ 28 in HDStR, Bd. 1, S. 312-321
- Laubadère, André de Manuel de droit administratif
8. Aufl., Paris 1967
- Laufer, Heinz Die demokratische Ordnung - eine Einführung
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1966
- Laun, Rudolf Les actes de gouvernement
in: Annuaire de L'Institut international de droit
public, 1931, 2. Band, S. 85-191
- " " Kategorische und disjunktive Normen
in: AöR 34, S. 162 ff.
- Lalou, Henri Traité pratique de responsabilité civil
4. Aufl., Paris 1949, S. 830 ff.
- Lechner, Hans Bundesverfassungsgerichtsgesetz
(Kommentar), München, Berlin 1954
- Lenz, Helmut Der Umfang der gerichtlichen Prüfungsbefugnis
gegenüber Rechtshandlungen des Regierungsberei-
ches in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes
jur. Diss., Marburg 1957
- Lerche, Peter "Ermessen"
in: Staatslexikon der Görresgesellschaft
Sp. 12-17, Bd. 3, Freiburg 1959
- " " Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip
in: VVDStRL, Heft 21, S. 66 ff.
- " " Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit
in: DVBl. 1954, S. 626 ff.
- Liddell Hart, B. H. Abschreckung oder Abwehr (engl. Originaltitel:
Deterrent or Defense)
Wiesbaden 1960

- Loening, Helmuth Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit
in: DVBl. 1951, S. 233 ff.
- Long-Weil-Braibant Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative
2. Aufl., Paris 1958
- Lüdtke, (o. V.) Die Schutzhaft gemäß Verordnung vom 28. 2. 1933
in: JW 1933, S. 2241
- Lukas, Josef Über die Gesetzespublikation in Österreich und
im Deutschen Reich
Graz 1903
- Maiziere, Ulrich de Heer im Atomzeitalter
in: Armee gegen den Krieg, herausgegeben von
Wolfgang von Raven,
Stuttgart 1966, S. 224 ff.
- Malberg, Carré de, R. Contribution à la theorie général de l'Etat,
Bd. 1, Paris 1920
- Mampel, Siegfried Die Verfassung der sowjetischen Besatzungszone
Deutschlands - Text und Kommentar
2. Aufl., Berlin, Frankfurt/M. 1966
- v. Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz (Kommentar)
Berlin, Frankfurt 1949
- v. Mangoldt, Hermann -
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz
2. Aufl., 1. Band, Berlin-Frankfurt 1957
2. Band, Berlin-Frankfurt 1964
- Mann, Golo Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts
Frankfurt/M. 1960
- Martens, Wolfgang Grundgesetz und Wehrverfassung
(Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches
Recht, Universität Hamburg Heft 49)
Hamburg 1961
- Martini, Winfried Freiheit auf Abruf - die Lebenserwartung der
Bundesrepublik
Köln, Berlin 1960
- Maunz, Theodor -
Dürig, Günther Grundgesetz, Kommentar
Loseblatt 1. -8. Lieferung
München, Berlin 1966

XXIII

- | | |
|----------------------------------|--|
| Maurer, Hartmut | Wehrbeauftragter und Parlament
(Recht und Staat 317/18)
Tübingen 1965 |
| Mayer, Otto | Deutsches Verwaltungsrecht
3. Aufl., 1. Bd. (Nachdruck)
Berlin 1961 |
| Mayer-Tasch, Peter-
Cornelius | Die Verfassungen Europas
Stuttgart 1966 |
| Menger-Erichsen | Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwal-
tungsrecht
in: VerwArch 1967, S. 70 ff. |
| Meyer, Franz | Der Begriff der Regierung im Rechtsstaat
jur. Diss. Zürich 1947 |
| Milward, Alan S. | Die deutsche Kriegswirtschaft 1939-1945
(Schriftenreihe der Vierteljahreshefte für Zeit-
geschichte Nr. 12)
Stuttgart 1966 |
| Mohrs, Werner | Der gerichtsfreie Hoheitsakt im Rechtsstaat
jur. Diss., Mainz 1953 |
| Montesquieu, Charles de | Esprit des Lois (dt: Vom Geist der Gesetze,
Übersetzung von Kurt Wiegand)
(Universalbibliothek Nr. 8953-57)
Stuttgart 1965 |
| Mosen, Wido | Die Dauerkrise des Wehrbeauftragten
in: Atomzeitalter 1966, S. 36-38 |
| Mosler, Hermann | Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich,
Großbritannien, Italien, den Niederlanden, der
Schweiz und den Vereinigten Staaten von
Amerika (Heft 31 der Beiträge zum ausländischen
öffentlichen Recht und Völkerrecht)
Köln, Berlin 1955 |
| " " | Bericht zur 4. Anhörung über das Notrecht Frank-
reichs, Belgiens und der Niederlande (7.12.1967)
Protokoll des Rechtsausschusses Nr. 60,
des Innenausschusses Nr. 76, S. 1-17 |

- Müller, Frohmut Zur Gesetzlichkeitsaufsicht der Staatsanwaltschaft
in: Staat und Recht, Bd. 16, S. 1749-1766,
Berlin (Ost) 1967
- Nawiasky, Hans Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die
Bundesrepublik Deutschland
Stuttgart, Köln 1950
- " " Allgemeine Staatslehre
2. Teil: Staatsgesellschaftslehre,
2. Bd.: Staatsfunktionen, Staatsgewalt, Staatsle-
ben, Staatenwelt
Einsiedeln, Zürich, Köln 1955
- Neubert, Reinhard Die Schranken richterlichen Prüfungsrechts bei
staatspolitischen Handlungen der Verwaltung
in: JW 1933 S. 2426
- Neuhöffer, Paul Die Legende von der demokratischen Notstands-
gesetzgebung
in: BldtintPol 1966, S. 391-405
- Neunreither, Karlheinz Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung
Heidelberg 1959
- Nigge, Werner Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff
jur. Diss., Mainz 1957
- Obermayer, Klaus Der gerichtsfreie Hoheitsakt und die verwaltungs-
gerichtliche Generalklausel
in: BayVerwBl 1955, S. 129-132 und 173-176
- Pathe, Karl Die Ausführung der Bundesgesetze
in: DVBl. 1951, S. 681-685
- Pestalozzi, Richard Die Notgesetzgebung
jur. Diss., Zürich 1944
- Peters, Hans Die Stellung des Bundes in der Kulturverwaltung
nach dem Bonner Grundgesetz
in: Um Recht und Gerechtigkeit - Festgabe Erich
Kaufmann, Stuttgart, Köln 1950, S. 281-298
- " " "Demokratie"
in: Staatslexikon der Görresgesellschaft,
6. Aufl., Freiburg/Brs., Bd. 2 1958, Sp. 560

- Peters, Hans Die Gewaltentrennung in moderner Sicht
(Heft 25 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung
des Landes Nordrhein-Westfalen),
Köln, Opladen 1954
- " " Der Kampf um den Verwaltungsstaat
in: Verfassung und Verwaltung, Festschr. Wilhelm
Laforet, München 1952 S. 19-36
- " " Lehrbuch der Verwaltung
Berlin 1949
- Petrén Bericht zum 4. Hearing über die Notstandsrege-
lungen der nordischen Staaten, Protokoll Nr. 60
(Rechtsausschuß) Nr. 76 des Innenausschusses
S. 39-47
- Phillips, Owen Hood Constitutional and administrative law
3. Aufl., London 1962
- " " Leading Cases in Constitutional Law
2. Aufl., London 1957
- Quaritsch, Helmut Bericht über die amerikanischen Notstandsrege-
lungen beim 4. Hearing
Protokoll Nr. 60 des Rechtsausschusses,
Nr. 76 des Innenausschusses, S. 31 ff.
- Radbruch, Gustav Vorschule der Rechtsphilosophie
Heidelberg 1948
- Rapoport, Anatol Tolstoi und Clausewitz - zwei Konfliktmodelle
in: Atomzeitalter 1966, S. 257 ff.
- Rasch, E. Die Behörde
in: VerwArch 50, S. 1 ff.
- Real, Willy Rousseau, Jean Jacques
in: Staatslexikon der Görresgesellschaft,
Bd. 6, Sp. 977-981
- Redelberger Die Verfassungsbeschwerde
in: NJW 1953, S. 361 ff.
- Reber, Kurt Das Notrecht des Staates
jur. Diss., Bern 1938, veröffentlicht Zürich 1938

- Reinfried, Herbert Die Grundlagen der Bundeswehrverwaltung
(Schriften für die Wehrverwaltung Bd. 1)
Hamburg, Berlin, Bonn 1953
- Ridder, Helmut Bericht bei der 1. Anhörung durch den Rechts- und
den Innenausschuß des Deutschen Bundestages am
9. 11. 1967
Protokoll des Rechtsausschusses Nr. 55 und Nr. 71
des Innenausschusses S. 69 ff.
- " " Notstand der Demokratie
(res novae, Bd. 54)
Frankfurt/M. 1967
- Ritter, Gerhard Staatskunst und Kriegshandwerk
1. Bd.: Die altpreußische Tradition 1740-1890,
3. Aufl., München 1966
- Rode, Karlheinz Notstandsgesetzgebung und alliierte Vorbehalts-
rechte
in: DöV 1966, S. 119
- Roellecke, Gerd Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit
Heidelberg 1961
- " " Der unmögliche Rechtsstaat - zu Ernst Forsthoffs
"Rechtsstaat im Wandel"
in: NpolLit. 1966, S. 172 ff.
- Rohwer-Kahlmann, Harry Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze (Art. 84, Abs. 1 GG)
in: AöR 79, S. 208-226
- Rosenberg, Ludwig Bericht bei der 2. Anhörung durch den Rechts- und
den Innenausschuß des Deutschen Bundestages am
16. 11. 1967
Protokoll des Rechtsausschusses Nr. 57 und Nr. 73
des Innenausschusses, S. 16 ff.
- Rousseau, Jean Jacques Contrat social (dt.: Der Gesellschaftsvertrag,
herausgegeben von Heinrich Weinstock)
(Universalbibliothek Nr. 1769/70)
Stuttgart 1963
- Rumpf, Helmut Regierungsakte im Rechtsstaat
Bonn 1955

- Rumpf, Helmut Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung
in: VVDStRL, Heft 14, S. 136-171
- Rupp, Hans Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechts-
lehre - Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechts-
verhältnis
(Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen,
Bd. 15) Tübingen 1965
- Sahlmüller, Fred Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen in
Bund und Ländern
jur. Diss., Würzburg 1966
- Schäfer, Hans Die Bundesauftragsverwaltung
in: DöV 1960, S. 641-649
- Scheler, Max Der Genius des Krieges und der deutsche Krieg
Leipzig 1915
- Scherer, Werner -
Krekeler, Theo Wehrpflichtgesetz (Kommentar)
3. Aufl., Berlin, Frankfurt/M. 1966
- Scheuner, Ulrich Der Bereich der Regierung
in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche
(Smend-Festschr. zum 70. Geburtstag)
Göttingen 1952, S. 253-302
- " " Grundfragen des modernen Staates
in: Recht-Staat-Wirtschaft,
Bd. 3, S. 126 ff.
- " " Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der
Gegenwart - zur Lehre vom Bundesstaat
in: DöV 1962, S. 641 ff.
- " " Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz
in: Um Recht und Gerechtigkeit (Kaufmann-
Festschr.)
Stuttgart, Köln 1950, S. 313-330
- " " Das Wesen des Staates und der Begriff des Politi-
schen in der neueren Staatslehre
in: Staatsverfassung und Kirchenordnung
(Smend-Festschr. zum 80. Geburtstag)
Tübingen 1962, S. 225-262

XXVIII

Schlochhauer, Hans Jürgen	Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: AöR 79, S. 185-207
Schmidt, Helmut	Verteidigung oder Vergeltung Stuttgart 1961
Schmitt, Carl	Der Begriff des Politischen Neudruck Berlin 1963
" "	Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus 3. Aufl., Berlin 1961
" "	Politische Theologie 2. Aufl., Berlin 1934
" "	Verfassungslehre 3. Aufl., Berlin 1928
Schneider, Hans	Gerichtsfreie Hoheitsakte (Recht und Staat 160/161) Tübingen 1951
" "	Rundfunk als Bundesaufgabe (Rechtsgutachten über die Befugnisse des Bundes zur Errichtung und zum Betrieb eigener Rundfunksender) in: Der Fernsehstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, herausgegeben von Günter Zehnder, 1. Band Karlsruhe 1964, S. 419-447
" "	Körperschaftliche Verbundverwaltung in: AöR 83, S. 1 ff.
Schneider, Peter	Ausnahmезustand und Norm (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Band 1) Stuttgart 1957
" "	In dubio pro libertate in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Karlsruhe 1960, S. 263 ff.
" "	Güterabwägung im freiheitlichen Rechtsstaat aus: Integritas - Geistige Wandlung und menschliche Wirklichkeit, herausgegeben von Dieter Stolte und Richard Wisser, Tübingen 1966, S. 355-368

- | | |
|--------------------------------|--|
| Schneider, Peter | Notstandsrecht
in: Evangelisches Staatslexikon,
herausgegeben von H. Kunst und S. Grundmann,
Stuttgart, Berlin 1966 |
| " " | Pressefreiheit und Staatssicherheit
Mainz 1968 |
| " " | Prinzipien des totalitären Staats- und Rechtsdenkens
in: Fragen des Staatsrechts im Ostblock,
Studien des Instituts für Ostrecht, München, Bd. 1,
Berlin 1958, S. 5-18 |
| " " | Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechts-
staat der Gegenwart
in: AöR 82, S. 1-27 |
| " " | Über das Verhältnis von Recht und Macht
in: Die moderne Demokratie und ihr Recht
(Leibholz-Festschr. zum 65. Geburtstag)
1. Band: Grundlagen
Tübingen 1966, S. 573-607 |
| Schoeps, Joachim | Preußen, Geschichte eines Staates
Berlin 1966 |
| Schreiber, Jürgen | Der Soldat und das Recht
Frankfurt/M. 1964 |
| Schubart, Alexander | Unsere künftige Notstandsverfassung,
Darstellung und Kritik
in: GewMoH 1965, S. 455 |
| Schüle, Adolf | Demokratie als politische Form und Lebensform
in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche
(Smend-Festschr. zum 70. Geburtstag)
Göttingen 1952, S. 321 ff. |
| Schweitzer, Carl-
Christoph | Betrachtungen zur amerikanischen Notstandsge-
setzgebung
in: Aus Politik und Zeitgeschichte
(Beilage zur Wochenzeitung "Das Parlament")
Nr. 3/68, S. 21-30 |
| Schwerin v. Krosigk | Nochmals: Die Grenzen der Verwaltungsgerichts-
barkeit
in: DöV 1956, S. 690-692 |

- | | |
|------------------------------------|---|
| Sczotak, Günter | Zur Problematik der gerichtsfreien Hoheitsakte
in: JR 1958, S. 445 |
| Seagle, William | The quest for law (dt.: Weltgeschichte des Rechts)
2. Aufl., München, Berlin 1958 |
| Seifert, Jürgen | Zur Problematik der Notstandsgesetzgebung
in: GewMoH 1963, S. 75-82 |
| " " | Fragen zur Notstandsgesetzgebung
in: GewMoH 1963, S. 551-559 |
| " " | Notstand und Verfassung
in: Atomzeitalter 1966, S. 114 ff. |
| Sieveking, Friedrich B. | Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Grund der VO
Nr. 141 und 165 der Britischen Militärregierung
in: MDR 1948, S. 315 ff. |
| Smend, Rudolf | Les actes de gouvernement en Allemagne
in: Annuaire de L'Institut international de droit
public 1931 Bd. 2, S. 192 ff.
Paris |
| " " | Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und
das Problem der Staatsform
in: Kahl-Festschr.
Tübingen 1923 (3. Beitrag) |
| " " | Verfassung und Verfassungsrecht
in: Staatsrechtliche Abhandlungen (R. Smend)
Berlin 1955, S. 119-276 |
| Sokolowski, W. D.
(Herausgeber) | Militärstrategie
Übersetzung der 2. Aufl., Köln 1965 |
| Spanner, Hans | Organisationsgewalt und Organisationsrecht
in: DöV 1957, S. 640-643 |
| Speiser, Thomas | Vom Notrecht im formellen und materiellen Sinne
jur. Diss., Zürich 1952 |
| Spohr, W. | Die Schutzhaft
(Heft 1 der Schriftenreihe "Unser Recht" herausge-
geben von W. Spohr)
Düsseldorf 1934 |

- Stern, Klaus Ermessen und unzulässige Ermessensausübung
(Studien und Gutachten aus dem Institut für
Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht der
Freien Universität Berlin, Heft 4)
Berlin 1964
- Sternberger, Dolf Begriff des Politischen - Der Friede als Grund
und Merkmal und die Norm des Politischen -
Frankfurt 1961
- Studnitz, Hans Georg v. Rettet die Bundeswehr!
Stuttgart 1967
- Suter, Werner Notrecht und außerordentliche Vollmachten im
Schweizerischen Bundesstaatsrecht
Winterthur 1960
- Talmon, Jacob Leib. The Origins of Totalitarian Democracy
(dt.: Die Ursprünge der totalen Demokratie)
Köln, Opladen 1961
- Taylor, Maxwell D. The Uncertain Trompet (dt.: Und so die Posaune
einen undeutlichen Ton gibt, wer wird sich zum
Streite rüsten ... 1. Kor. 14, 8)
Gütersloh 1962
- Thoma, Richard Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der
Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtspre-
chung
HDStR, Bd. 2, S. 221-236, Tübingen 1932
(herausgegeben von G. Anschütz und R. Thoma)
- " " Wesen und Erscheinungsform der modernen
Demokratie
in: Recht - Staat - Wirtschaft Bd. 1, S. 1 ff.
- Tocqueville, Alexis de Über die Demokratie in Amerika
(dt.: von Hans Zbinden)
1. Band, Stuttgart 1959
- Töndury, Gian Robert Der Begriff des Notstands im Staatsrecht
jur. Diss., Zürich 1947
- Traut, Udo Die Spitzengliederung der deutschen Streitkräfte
1921-1964
jur. Diss., Würzburg 1965

- Treitschke, Heinrich v. Politik - Vorlesungen, (herausgegeben von Max Cornicelius)
1. Band, 5. Aufl., Leipzig 1922
2. Band, 5. Aufl., Leipzig 1922
- Triepel, Heinrich Delegation und Mandat im öffentlichen Recht
Stuttgart, Berlin 1942
- " " Die Kompetenz des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung
in: Staatsrechtliche Abhandlungen
(Festschr. Laband) 2. Bd., Tübingen 1908
S. 247-335
- " " Die Reichsaufsicht
Berlin 1917
- Ule, Carl-Hermann Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht
in: Jellinek-Gedächtnisschrift,
München 1955, S. 309-330
- " " Verwaltungsprozeßrecht
3. Aufl., München, Berlin 1963
- Usteri, Martin Theorie des Bundesstaates
Zürich 1954
- Vauthier, Maurice M. Les actes de gouvernement (Belgien)
in: Annuaire de L'Institut international de droit public 1931,
2. Bd., S. 231 ff.
- Vedel, Georges Droit administratif
2. Aufl., Paris 1961
- Viehweg, Theodor Topik und Jurisprudenz - ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung -
3. Aufl., München 1965
- Volkmar, Dieter Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt
(Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 8)
Berlin 1962
- Wade, E.C. S. - Constitutional Law
Phillips, G. Godfrey 4. Aufl., London, New York, Toronto 1950
Neudruck 1952

- Wade, H. W. R. Administrative Law
Oxford 1961
- Wagenführ, Rolf Die deutsche Industrie im Krieg 1939-1945
2. Aufl., Berlin 1963
- Walline, Marcel Traité élémentaire de Droit administratif,
5. Aufl., Paris 1950
- Weber, Werner Rechtsgutachten über die Frage, ob Grundge-
setzergänzungen, die für den Fall des äußeren
Notstands Vorsorge treffen, entbehrlich sind.
in: Material zur Notstandsfrage
(herausgegeben vom DGB), S. 30 ff.
- " " Spannungen und Kräfte im Westdeutschen Ver-
fassungssystem
2. Aufl., Stuttgart 1958
- " " Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem
in: Carl-Schmitt-Festschr.
Berlin 1959, S. 253-272
- " " Die Verfassung der Bundesrepublik in der
Bewährung
Göttingen, Berlin, Frankfurt/M. 1957
- " " Die Verkündung von Rechtsvorschriften
Stuttgart, Berlin 1942
- Weiss, Günther Das Staatsnotrecht in den Niederlanden
in: Der Staatsnotstand, S. 139-186
(herausgegeben: Hermann Mosler)
- Welter, Erich Falsch und richtig planen - eine kritische Studie
über die deutsche Wirtschaftslenkung im zweiten
Weltkrieg - (Veröffentlichung des Forschungsin-
stituts für Wirtschaftspolitik an der Universität
Mainz, Bd. 1)
Heidelberg 1954
- Wengler, Wilhelm Der Begriff des Politischen im internationalen
Recht
(Recht und Staat 189/190)
Tübingen 1956

- | | |
|--------------------------|--|
| Willms, Gerd | Parlamentarische Kontrolle und Wehrverfassung
jur. Diss., Göttingen 1959 |
| Wilson, Geoffrey | Cases and Materials on Constitutional and
Administrative Law
Cambridge 1966 |
| Wintrich, Josef Marquard | Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2
Abs. 1 GG
in: Staat und Bürger (Festschr. Apelt)
München, Berlin 1958, S. 1-12 |
| Wolf, Erik | Das Problem der Naturrechtslehre
2. Aufl., Karlsruhe 1959 |
| Wolff, Hans Julius | Verwaltungsrecht
1. Bd., 5. Aufl., München, Berlin 1963
2. Bd., 1. Aufl., München, Berlin 1962
3. Bd., 1. Aufl., München, Berlin 1966 |
| Zippelius, Reinhold | Das Wesen des Rechts
(Beck'sche Schwarze Reihe, Bd. 35)
München 1965 |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
ASiG	Gesetz zur Sicherstellung von Arbeitsleistungen für Zwecke der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung (Arbeitssicherungsgesetz) vom 9. Juli 1968 BGBl. I. S. 787
BayVBl.	Bayrische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BldtuIntPol	Blätter für deutsche und internationale Politik
BLG	Bundesleistungsgesetz in der Fassung vom 27.9.1961 (BGBl. I. S. 1769) zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zum NATO-Truppenstatut und zu den Zusatzvereinbarungen vom 18.8.1961 (BGBl. II., S. 1183)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BuTagsDrucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages (die römische Ziffer nennt die Wahlperiode, die arabische die Nummer des einzelnen Exemplars)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechtszeitung
dt. Dt.	deutsch (e) (-er)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ESiG	Gesetz über die Sicherstellung der Versorgung mit Erzeugnissen der Ernährungs- und Landwirtschaft sowie der Forst- und Holzwirtschaft (Ernährungssicherungsgesetz) vom 24. August 1965 (BGBl. I., S. 938), geändert durch das Gesetz

	zur Änderung des Ernährungssicherstellungsgesetzes vom 9. Juli 1968 (BGBl. I., S. 782)
f. ff.	und die folgende(n)
Festschr.	Festschrift
GBL.	Gesetzblatt
gem.	gemäß
GewMoH	Gewerkschaftliche Monatshefte
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1); zuletzt geändert durch das siebzehnte Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl. I., S. 709)
HbDStR, HDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
h. L.	herrschende Lehre
ins.	insbesondere
Jahrg.	Jahrgang
jur. Diss.	juristische Dissertation
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KaSchuG	Gesetz über die Erweiterung des Katastrophenschutzes vom 9. Juli 1968 (BGBl. I. S. 776)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NpolLit	Neue politische Literatur
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnote
S.	Seite
sog.	sogenannt(e)
Sp.	Spalte
Sten. Ber.	Stenographische Berichte der Sitzungen des Deutschen Bundestages
St. Rspr.	ständige Rechtsprechung
ThürGS	Gesetzessammlung des Landes Thüringen
Urt.	Urteil
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
vgl.	vergleiche
VSIG	Gesetz zur Sicherung des Verkehrs (Verkehrssicherstellungsgesetz) vom 24. August 1965 (BGBl. I,

	S. 927) geändert durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Sicherstellung des Verkehrs vom 9. Juli 1968 (BGBl. I., S. 784)
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I., S. 17) zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 5. 1968 (BGBl. I., S. 444)
WiSiG	Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs (Wirtschaftssicherungsgesetz) vom 24. August 1965 (BGBl. I., S. 920), geändert durch das Gesetz zur Änderung des Wirtschaftssicherungsgesetzes vom 9. Juli 1968 (BGBl. I, S. 780)
WPflG	Wehrpflichtgesetz in der Fassung vom 14. Mai 1965 (BGBl. I., S. 391), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 21. Dezember 1967 (BGBl. I., S. 1259)
ZfgesStW z. B.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft zum Beispiel
ZSchuKG	Gesetz über das Zivilschutzkorps vom 12. August 1965 (BGBl. I., S. 782), geändert durch das Gesetz über die Erweiterung des Katastrophenschutzes vom 9. Juli 1968 (BGBl. I., S. 776) durch das Finanzänderungsgesetz vom 21. Juli 1967 (BGBl. I., S. 1259, S. 1281) bis auf weiteres außer Anwendung gesetzt

A. EINLEITUNG: DIE PROBLEMSTELLUNG

Im Sommer 1968 wurde die Rechtsordnung der Bundesrepublik um eine besondere Gesetzgebung für den Fall der Not ergänzt. Den Kern dieses Normenwerkes bildet das 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes, mit dem zusammen eine Reihe einfacher Gesetze verabschiedet wurden, die durch die Verfassungsergänzung ermöglicht oder deren Novellierung aus dem gleichen Grunde notwendig geworden war. Dieser Komplex gesetzlicher Bestimmungen verdient das besondere Interesse eines Juristen, weil jeder Versuch Probleme des äußeren Notstandes durch Rechtsnormen zu lösen, zwei Forderungen in Übereinstimmung bringen muß, die einander im Prinzip ausschließen.

Friedensrecht entfaltet den Grundsatz, daß die Würde des Menschen unantastbar ist (Art. 1 GG). Es ist daher kein Zufall, daß dieses Konstitutionsprinzip, aus dem sich das System der rechtsstaatlichen Grundsätze ableitet, das Grundgesetz einleitet. Um die Freiheit zu sichern, werden die staatlichen Funktionen verschiedenen Gewalten zugeordnet, die so voneinander abhängen, daß kein Funktionsträger den anderen zu übermächtigen vermag.

Kriegsrecht ist dadurch ausgezeichnet, daß es außerordentliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum kennt. Vom Bürger werden außerordentliche Opfer verlangt, und es wird die Struktur der zweiten Gewalt dem Bedürfnis angepaßt, rasch zu handeln. So steigert sich die Effizienz staatlicher Machtentfaltung bis sie den höchst möglichen Grad erreicht hat, um den Feind abwehren zu können. Die Fesseln aus der Gewaltenteilung werden abgeworfen.

So entsteht ein totaler Notstandsstaat, der nur dann tolerabel erscheinen könnte, wenn für jede staatliche Handlung gewährleistet wäre, daß sie allein dem gemeinen Wohl dient. Einer solchen Aufgabenstellung ist menschliche Kraft jedoch nicht gewachsen. Solange aber die Möglichkeit des Mißbrauchs oder Irrtums gedacht werden muß, müssen Garantien geschaffen sein, die es erlauben, die Folgen solchen Handelns zu verhindern oder zu beseitigen. Diesem Ziel aber dienen die Postulate aus dem Rechtsstaatsgedanken. Demnach kann Ausnahmerecht nicht allein unter den Gedanken der Effektivität gestellt werden.

Man könnte nun die vorliegenden Gesetze daraufhin untersuchen, ob der Gesetzgeber den Mißbrauchsgedanken nicht so in den Vordergrund gerückt hat, daß er der Verwaltung die Hände band, so daß sie der äußeren Situation nicht mehr gerecht werden kann. Das ist jedoch eine Aufgabe für einen Verteidigungstheoretiker, da nur er die Wirkungen moderner Waffen so genau kennt, daß er die Situation höchster Not hinreichend genau umschreiben kann.

Die vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten lassen sich auch unter der entgegengesetzten Fragestellung betrachten, nämlich ob in ihnen dem Grundsatz

der Verhältnismäßigkeit des Mittels Rechnung getragen ist. Die vorliegenden Gesetze enthalten jedoch im wesentlichen Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen und nur ausnahmsweise Bestimmungen, die unmittelbar gegenüber dem Bürger angewandt werden können. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen sich diese Verordnungen an dem genannten Prinzip orientieren. Sie werden sich demgemäß erst werten lassen, wenn die Anwendungssituation eingetreten ist, weil eine abstrakte Abwägung, die den "normalen Notstand" voraussetzen würde, nicht möglich ist. Eine Normallage des Ausnahmezustands setzte voraus, daß das Bild eines zukünftigen Krieges in Mitteleuropa bekannt ist, mit allen Frontverläufen. Solange das eine Utopie ist, muß eine wissenschaftliche Untersuchung unterbleiben.

Unter einer anderen Fragestellung enthält das Gesetzgebungswerk eine Problematik, die nur in dieser Rechtsmaterie entstehen kann und die sich auch schon jetzt untersuchen läßt: es geht um den Übergangszeitpunkt vom Friedens- zum Kriegsrecht.

Im Zeitalter der Kabinettskriege und der durch Wall und Graben gesicherten Festungen gab es klare Fakten, aus denen sich ergab, wann der Belagerungszustand eintrat. Erschien der Feind vor den Toren, endete der Streit von selbst, ob der Kommandant oder der Bürgermeister zu entscheiden hat. Moderne Kriege werden aber nicht mehr mit Söldnerarmeen ausgetragen, die sich aus Vorräten versorgen, die die Magazine für sie bereithalten. Die Last des Kampfes trägt ein Volksheer, das aus den Bürgern des Landes rekrutiert wird, wenn kriegerische Auseinandersetzungen drohen. Depots und Versorgungslager decken den Bedarf nur noch zu einem geringen Teil. Der Nachschub stammt vielmehr aus der aktuellen Produktion der Wirtschaft, die sich dem Bedarf des Krieges in ihren Erzeugnissen anzupassen hat.

Aus diesen Gründen muß einer militärischen Auseinandersetzung eine Phase der Vorbereitung vorausgehen, die man klassisch als Mobilmachung bezeichnet. Sie nimmt eine gewisse Zeit für sich in Anspruch. Die während dieser Frist abzuwickelnden Maßnahmen gründen sich jedoch bereits auf Normen des Ausnahmerekts. Es muß daher schon recht früh die Entscheidung getroffen werden, daß die Phase des Übergangs erreicht ist, zu einem Zeitpunkt, in dem sich die Kriegsgefahr gerade erst abzuzeichnen beginnt. Denn ein Aggressor kann sich für seine Vorbereitungen Zeit nehmen, was es ihm erleichtert, seine Absichten zu verschleiern.

Eine Fehlentscheidung aber darf es in dieser Situation nicht geben. Sie würde dem Bürger - letztlich - sinnlose Opfer abverlangen, und zum anderen steht eine solche Entscheidung in Gefahr, als Zeichen von Angriffsabsichten verstanden zu werden.

Der Gesetzgeber ist sich der Bedeutung dieser Entscheidung bewußt gewesen, sonst hätte er nicht ein besonderes Verfahren geschaffen, an dem die Bun-

desregierung, der Bundestag und der Bundesrat beteiligt sind. Sonst ließe es sich auch nicht erklären, warum eine nuancierte Ausgestaltung diese Gremien mehrfach auffordert, sich darüber Rechenschaft zu geben, wie sich die Kriegsgefahr entwickelt hat. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 80 a GG:

"Ist in diesem Grundgesetz oder in einem Bundesgesetz über die Verteidigung, einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung bestimmt, daß Rechtsvorschriften nur nach Maßgabe dieses Artikels angewandt werden dürfen, so ist die Anwendung außer im Verteidigungsfall nur zulässig, wenn der Bundestag den Eintritt des Spannungsfalles feststellt oder wenn er der Anwendung besonders zugestimmt hat. ..."

Diese Spannungszeit wird nicht nur durch Mobilmachungsmaßnahmen gekennzeichnet, sondern auch dazu genutzt werden, die Krise politisch zu beherrschen. Gelingt das nicht, so steht an ihrem Ende die Entscheidung nach Art. 115 a GG:

"Die Feststellung, daß das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht (Verteidigungsfall), trifft der Bundestag mit Zustimmung des Bundesrats. ..."

Der Gesetzgeber ließ sich also von dem Bestreben leiten, eine fehlerhafte Ausübung des Spannungs- oder Verteidigungsfalles zu verhindern. Die Beteiligung mehrerer Gewalten an einer Entscheidung ist ein typisch rechtsstaatliches Mittel, Mißbrauch zu verhindern. Aus der Teilung der Gewalten folgt jedoch auch, daß jeder Staatsakt, der den Bürger belastet, gerichtlicher Kontrolle untersteht; also auch die Entscheidungen nach Art. 80 a und 115 a GG.

In der Literatur werden Zweifel an der uneingeschränkten Gültigkeit dieses Satzes geäußert, weil Gerichte aufgerufen werden, über die Wahrscheinlichkeit eines Kriegeausbruchs zu befinden. Für dieses Urteil gäbe ihnen das Recht keine Maßstäbe; würden sie die Lage aber falsch einschätzen, schwächten sie die Verteidigungskraft entscheidend. Denn eine Mobilmachung erreicht den gewünschten Grad an Effektivität nur, wenn sie nach einem Gesamtplan abläuft. Greift ein Gericht in seinen Ablauf ein, so schafft es Lücken, die Probleme aufwerfen, die sich lawinenartig vergrößern und (möglicherweise) den Erfolg aller Anstrengungen in Frage stellen.

Diesen Argumenten kann man sich nicht ohne weiteres verschließen. Der Gesetzgeber hat jedoch keine Entscheidung getroffen, obwohl die öffentliche Diskussion auf diese Frage hingewiesen hatte. Er hat insbesondere den Art. 19 Abs. 4 GG nicht neu gefaßt, wie dies im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG geschehen ist. Da es aber zu den Eigenarten der Exekutive gehört, das als notwendig Erkannte sofort zu vollziehen, sollte auf eine gerichtliche Nachprüfung nicht verzichtet werden. -

Der Gesetzgeber ging ersichtlich davon aus, daß die Arbeitsweise des Parlaments, die durch das Deliberationsprinzip charakterisiert wird, das notwendige Korrelat zum Tatendrang der Regierung bringt. Der Gedanke ist jedoch

nicht konsequent verwirklicht, was die Möglichkeit einschließt, daß die Gewaltbalance mißlingt. In einigen Fällen entscheidet allein die Bundesregierung, daß von Sonderkompetenzen Gebrauch gemacht werden darf. So stellt sie fest, daß die Herstellung der Einsatzfähigkeit und die Sicherung der Operationsfreiheit der Truppe notwendig ist (§ 83 BLG), was nachgeordnete Behörden von Begrenzungen des Manöverrechts befreit. Ähnliche Regeln finden sich in § 6 Abs. 6 WPflG (Einberufung von Wehrpflichtigen) und § 8 Abs. 2 ZSchuKG (Bereitschaftsdienst für die Angehörigen des Zivilschutzkorps). Auch wenn die Zahl dieser besonderen Regierungsbefugnisse nur gering ist, darf ihre Bedeutung nicht unterschätzt werden. Die Einberufung einer großen Zahl von Wehrpflichtigen zum zeitlich unbegrenzten Bereitschaftsdienst kann in einer freiheitlichen Demokratie nicht geheim bleiben. Eine solche klassische Mobilmachungsmaßnahme kann aber leicht als ein Zeichen von Angriffswillen aufgefaßt werden und die politische Krise verschärfen. Es ist sogar denkbar, daß die "anheizende" Wirkung einer solchen Entscheidung so groß ist, daß dem Parlament keine andere Wahl mehr bleibt, als den Spannungs- oder Verteidigungsfall auszurufen. Die Inkonsequenz des Gesetzgebers beschwört also die Gefahr herauf, daß das von ihm geschaffene System der Gewaltenbalanzierung nicht effektiv wird. Man muß sich demgemäß die Frage vorlegen, ob die Mißachtung rechtsstaatlicher Prinzipien so kraß ist, daß die gesetzliche Differenzierung verfassungswidrig ist. -

Mit den Feststellungen hat der Gesetzgeber also zwei Fragenkomplexe geschaffen, die er nicht selbst entschieden hat: die gerichtliche Nachprüfbarkeit und die Ausgestaltung des Feststellungsverfahrens im Lichte rechtsstaatlicher Prinzipien. In dieser Themenstellung verbirgt sich noch eine weitere, höchst umstrittene Frage. Lassen sich Notstandsregelungen überhaupt nach rechtsstaatlichen Prinzipien gestalten oder gelten für dieses Rechtsgebiet eigene Grundsätze? Ihr wird man sich stellen müssen, ehe auf die beiden anderen Probleme eingetreten werden kann.

In allen Fällen wird die Entscheidung jedoch davon beeinflusst werden, welche Wirkungen von den Feststellungen ausgehen. Denn ohne eine entsprechende Darstellung fehlt die notwendige Kenntnis der zu untersuchenden Rechtsnormen. Sie aber sind an so verschiedenen Stellen in diese modernste Gesetzgebung eingebaut, daß ihre Kenntnis beim Leser nicht vorausgesetzt werden kann.

B. DIE WIRKUNGEN DER FESTSTELLUNGEN IM EINZELNEN

I. WIRKUNGEN IM VERHÄLTNIS DES BUNDES ZU DEN LÄNDERN

1. Im Bereich der Gesetzgebung

a) Rechtsverordnungen materiellen Inhalts

aa) Zentralisierung der Gesetzgebung

Zum Verständnis dieser recht häufigen Feststellungswirkung muß man sich den allgemeinen Grundsatz des Art. 80 Abs. 2 GG vergegenwärtigen, wonach jede Rechtsverordnung der Zustimmung des Bundesrates bedarf, deren Deckungsnorm sich in einem Zustimmungsgesetz befindet. Dabei meint die Verfassung mit "Gesetz" nicht die konkrete Deckungsnorm, sondern das gesamte Gesetz, die gesetzgebungstechnische Einheit. Das leitete das Bundesverfassungsgericht aus Art. 78 GG ab ¹⁾ und sanktionierte damit die ständige Übung von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung. ²⁾

Das Wirtschaftssicherstellungsgesetz, das als Beispiel herausgegriffen werden soll, ist ein Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates aus folgenden Gründen bedurfte: Es sieht vor, daß es von den Ländern im Auftrage des Bundes ausgeführt wird (Regelfall des § 8 Abs. 1 Satz 1 WiSiG), was gemäß der Bestimmung des Artikels 87 b Abs. 2 Satz 1 GG nur mit Zustimmung des Bundesrates angeordnet werden darf. Zum zweiten gibt es dem Bund das Recht, für bestimmte Aufgaben, d. h. zur Durchführung einzelner Rechtsverordnungen, eigene Bundesbehörden zu errichten. Derartige neue Bundesbehörden können gemäß Artikel 87 Abs. 3 Satz 2 GG nur mit Zustimmung des Bundesrates geschaffen werden (§ 8 Abs. 1 Satz 2 WiSiG). Als nächsten Grund läßt sich die Bestimmung des § 8 Abs. 4 Satz 3 WiSiG anführen, durch die der Bund das Recht erhält, seine Weisungsrechte gemäß Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG auf eine Bundesoberbehörde zu übertragen, wofür Art. 87 b Abs. 2 Satz 2 GG die Zustimmung des Bundesrates vorsieht. Schließlich läßt sich auf die Bestimmung des § 22 WiSiG verweisen, in dem das Zustellungsverfahren geregelt wird, eine Bestimmung des Verwaltungsverfahrens also, zu der nach Nawiasky die Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist. Dies sei zwar, im Gegensatz zu Art. 84 GG, in Art. 85 GG nicht ausdrücklich vorgesehen, sei jedoch nur ein Redaktionsver-

1) Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 12.11.1958, BVerfGE 8, S. 274 (294 f.) und vom 13.12.1961 BVerfGE 13, S. 248.

2) Hans Schneider, Körperschaftliche Verbundverwaltung in AöR 83, S. 21.

sehen. ³⁾

Die Kritik, ⁴⁾ die diese Meinung erfahren hat, braucht hier weder dargestellt noch gewürdigt zu werden, da sie an dem Ergebnis, daß das Wirtschaftssicherstellungsgesetz als Ganzes der Zustimmung des Bundesrates bedurfte, nichts zu ändern vermag.

Daraus folgt, daß auch alle Rechtsverordnungen, durch die das Rahmengesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiete der gewerblichen Wirtschaft anwendbar gemacht wird, der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Artikel 80 Abs. 2 GG gestattet es jedoch, von diesem Grundsatz abzuweichen, von welcher Möglichkeit das Wirtschaftssicherstellungsgesetz zweifachen Gebrauch macht. Rechtsverordnungen sind dann von der Zustimmung des Bundesrates unabhängig, wenn ihre Geltung auf sechs Monate befristet wird. - Diese Regelung ist auf Verlängerungsverordnungen nicht anwendbar (§§ 6 Abs. 1 Satz 1 und 2 WiSiG). Der Zustimmung des Bundesrates bedürfen die Rechtsverordnungen auch dann nicht mehr, wenn der Bundestag den Eintritt des Spannungsfalles festgestellt oder ausdrücklich der Anwendung des Gesetzes zugestimmt hat (§§ 6 Abs. 2 i. V. m. 2 Abs. 1 WiSiG, Art. 80 a Abs. 1 Satz 1 GG).

Dieser Vorgang - Ausschaltung des Bundesrates aus der materiellen Gesetzgebung des Bundes - läßt sich unter zwei Aspekten betrachten, und dementsprechend einordnen. Einmal entfällt dadurch ein parlamentarisches Kontrollorgan, wodurch sich der Schutz der Freiheit des Einzelnen verringert. ⁵⁾ Zum anderen verändert sich das Verhältnis des Bundes zu den Ländern. Auf den außerordentlich bedeutsamen Gebieten der Wirtschaftslenkung, der Steuerung des Verkehrs (im weitesten Sinne des Wortes) und der Verteilung der Nahrungsmittel, kann der Bund seine Vorstellungen auch gegen den Willen der Länder durchsetzen, da sie die Leitvorstellungen, die sich in den Verordnungen niederschlagen, nicht mehr im Gesetzgebungswege zu korrigieren vermögen. Das bedeutet, daß auf diesen wichtigen Gebieten, dem Bund ein Übergewicht eingeräumt wird.

Beide Aspekte haben ihre Bedeutung, beide ihr Schwergewicht. Eine Einordnung kann jedoch nur unter ein Stichwort erfolgen. Hält man sich vor Augen, daß der Beschluß des Bundestages - der Spannungsfall ist eingetreten bzw. die Situation erfordert die Anwendung des oder der Gesetze - die Rechtsstellung der Länder unmittelbar verändert, die des Einzelnen aber nur potentiell berührt, da man mit der Chance rechnen muß, daß sich der Bund auch ohne eine Kon-

3) Hans Nawiasky, Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, S. 44.

4) vgl. etwa Maunz-Dürig Rdn. 15 f. zu Art. 85 GG (mit weiteren Nachweisen).

5) Wenn man das Wesen des Föderalismus in einer Form der Gewaltenteilung sieht, wie dies etwa bei Konrad Hesse, Der unitarische Bundesstaat, geschieht.

trolle im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigungen hält, kommt der Veränderung im Verhältnis des Bundes zu den Ländern die größere Bedeutung zu. Sie fand daher Aufnahme in das Stichwort: "Zentralisierung der Gesetzgebung".

Die Vorschriften der Paragraphen 7 Abs. 3 VSIG und 8 Abs. 3 ESIG sind mit der Bestimmung des § 6 Abs. 2 WiSiG fast gleichlautend. Beide Gesetze sind aus fast denselben Gründen der Zustimmung des Bundesrates unterworfen, wie das Wirtschaftssicherstellungsgesetz, weshalb eine gesonderte Würdigung dieser Bestimmungen überflüssig erscheint. Auch auf sie paßt das Stichwort: "Zentralisierung der Gesetzgebung".

bb) Die Geltungsverlängerung

Wie schon erwähnt, kann die Bundesregierung Rechtsverordnungen zur Ausführung des § 1 WiSiG dann ohne Mitwirkung des Bundesrates erlassen, wenn sie ihre Geltung auf sechs Monate befristet (§ 6 Abs. 1 WiSiG). Die Bundesregierung erhält dadurch die Möglichkeit, Vorsorge für eine akute Krisenlage zu treffen; Vorsorge allerdings nur in der Weise, daß sie Vorschriften erläßt, ihre Anwendung bleibt noch gesperrt, da die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 WiSiG noch nicht vorliegen. Dennoch ist die Regelung sinnvoll, da durch sie die Verwaltung instand gesetzt wird, gezielte Vorbereitungen zu treffen und sich mit der Materie vertraut zu machen.

Die strenge zeitliche Fixierung auf sechs Monate kann bei einer langdauernden politischen Krise zu Schwierigkeiten führen, vor allem wenn sich die Krise kurz vor Ablauf der Frist außerordentlich verschärft, so verschärft, daß der Bundestag die Anwendung durch einen Beschluß gemäß Art. 80 a Abs. 1 GG freigibt. Von diesem Augenblick an werden die zuvor geplanten Maßnahmen zur Herstellung der vollen Verteidigungsbereitschaft in die Tat umgesetzt, was Exekutive und Verwaltung große Anstrengungen abverlangt; sie stellt auch hohe Anforderungen an den Gesetzgeber. Denn erst in der konkreten Situation kann er-messen werden, was notwendig ist. Der Ordnungsgeber wird also auf weiten Gebieten erst in diesem Augenblick die notwendigen Verordnungen erlassen können.

Behält man die zeitliche Fixierung bei, so bürdet man dem außerordentlich belasteten Ordnungsgeber noch weitere Verordnungen auf, weil er die bisherige Regelung verlängern muß, die sonst wegen der Sechsmonatsfrist außer Kraft treten. Solche Verlängerungsverordnungen, die in der gegebenen Situation nicht mehr als ein Formalakt sein können, möchte der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber ersparen. Deshalb hat er in § 7 Abs. 1 WiSiG angeordnet, daß befristete Rechtsverordnungen bei Eintritt einer der Bedingungen des Art. 80 a GG unbefristet weiter gelten.

Diese Regelung erscheint unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig. Denn glaubt der fachlich zuständige Bundesminister, die Verordnungen

auch nach Ablauf der Frist zu brauchen, so kann er die Verlängerungsverordnung erlassen. Auch wenn sie auf die frühere Verordnung Bezug nimmt, ist sie als Verordnung mit inhaltlich gleichen Regelungen wie die ursprüngliche aufzufassen.⁶⁾ Diese Verordnung kann der Minister, da inzwischen die Zentralisierung der Gesetzgebung eingetreten ist, ohne die Zustimmung des Bundesrates erlassen (§ 6 Abs. 2 WiSiG). Bei der Fülle der Geschäfte und dem Zeitdruck, unter dem sie in der Spannungszeit erledigt werden müssen, führt der Zwang eine Verlängerungsverordnung zu erlassen, nicht zu einem erneuten Überdenken der früher getroffenen Regelung, sondern man wird froh sein, daß für die betreffenden Fragen schon eine Regelung getroffen ist. So würde die Verlängerung zu einem reinen Formalakt, der in einer Zeit, da der Gedanke der Effektivität überragende Bedeutung hat, entbehrlich erscheint. Sollten sich die Bestimmungen jedoch als wenig brauchbar erweisen, so werden sie auch ohne den Anstoß einer Verlängerungsverordnung geändert werden, denn das Verfahren der Verordnungsgebung ist einfach genug geworden.

Dem Gebote der Rechtsklarheit ist durch § 7 Abs. 1 WiSiG Rechnung getragen worden, so daß die Regelung nicht nur als sachgerecht, sondern auch als verfassungsrechtlich zulässig angesehen werden kann. Das gilt auch für die inhaltlich gleichen Bestimmungen des Verkehrssicherstellungsgesetzes (§ 7 Abs. 1) und des Ernährungssicherstellungsgesetzes (§ 8 Abs. 1).

b) Normen im lediglich formellen Sinne

aa) Zentrale Organisationsgewalt

Im Bereich der sogenannten Eingriffsverwaltung bedarf es zur Errichtung einer neuen Behörde, oder was ihr gleichsteht, zur Zuweisung neuer Aufgaben an eine bestehende Behörde,⁷⁾ einer gesetzlichen Grundlage.⁸⁾ Die Begründung dieses Satzes kann man entweder mit Hans Peters⁹⁾ aus dem Prinzip der

6) BVerfG Beschl. vom 12. 11. 1958, BVerfGE 8, S. 274 (290); Dieter Haas, Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden, AöR 80 (1956) S. 88.

7) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht, § 78 II c 1 aa, S. 121; Arnold Köttgen, Organisationsgewalt, in: VVDStRL Heft 16, S. 175, Maunz-Dürig, Rdn. 29 zu Art. 84 GG; Hans Spanner, Organisationsgewalt und Organisationsrecht, in: DöV 1957, S. 641; Ferdinand O. Kopp, Rechtsnatur der Aufhebung oder Verlegung von Verwaltungsbehörden, in: DöV 1965, S. 267 ff.

8) Ganz allgemeine Meinung, vgl. etwa Maunz-Dürig Rdn. 18 zu Art. 84 GG.

9) Hans Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, S. 23.

Gewaltenteilung ableiten, oder daraus entwickeln, daß mit der Frage, wer den Eingriff in die Rechte des Bürgers vornehmen darf, zugleich auch darüber entschieden wird, ob es gelingt, das Verhältnis von freiheitlicher Regel und freiheitsbeschränkender Ausnahme zu garantieren.¹⁰⁾

Durch § 20 Abs. 8 VSIG wird dem Bundesverkehrsminister das Recht eingeräumt, zu bestimmen, welche Behörden für die Durchführung des Gesetzes zuständig sein sollen. Das Gesetz gibt ihm damit eine organisationsrechtliche Befugnis, die nach dem Wortlaut des Gesetzes auch dort ausgeübt werden kann, wo die Länder das Gesetz im Auftrage des Bundes ausführen, gibt ihm also das Recht, landeseigene Behörden zu errichten. Das erfordert zunächst einmal Antwort auf die Frage, ob das Grundgesetz es zuläßt, daß der Bund Landesbehörden errichtet.

Nach der herrschenden Lehre kann dieses Recht aus Art. 84, 85 GG abgeleitet werden.¹¹⁾ Die Gegner¹²⁾ eines solchen Bundesrechts fechten zunächst mit einem verbalen Argument. Das Grundgesetz spricht in Artikel 84 und 85 von der Einrichtung von Behörden, in Artikel 87 Abs. 3 jedoch von deren Errichtung. Wenn das Gesetz verschiedene Begriffe gebraucht, so meint es auch verschiedenes. In der Wissenschaft versteht man unter Einrichtung die nähere Ausgestaltung der Organisation einer abstrakt schon errichteten Behörde, nicht jedoch das Ins-Leben-rufen, für das man den Terminus "Errichtung" gebraucht.¹³⁾ Die Terminologie des Grundgesetzes ist jedoch nicht so einheitlich; denn es steht heute fest, daß beide Begriffe in Art. 87 GG synonym gebraucht werden,¹⁴⁾ was sogar ein Gegner der herrschenden Lehre zugestehen muß.¹⁵⁾ Diese terminologische Inkonsistenz des Grundgesetzes ist die natürliche Folge der Tatsa-

10) Peter Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit S. 115.

11) Maunz-Dürig, Rdn. 20 f. zu Art. 84 GG; Rdn. 12 zu Art. 85 GG; E. Rasch, Die Behörde, in: VerwArch 50 Bd., S. 1 ff. (35-37); Arnold Köttgen, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, in: JöR 3. Bd. (n.F.), S. 67 ff. (90).

12) Neben den an anderer Stelle genannten, zählen hierzu die folgenden Autoren: Dieter Haas, Bundesgesetze über die Organisation und Verfahren der Landesbehörden, in: AöR 80 (1955/56), S. 81 ff. (94 f.); Jakob Kratzer, Zustimmungsgesetze, in: AöR 77 (1951/52), S. 266 ff. (268).

13) Diese Terminologie wird von Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 62/63 (§ 7 I 1 b und c) vorgeschlagen.

14) Maunz-Dürig Rdn. 21 zu Art. 84 GG.

15) Kratzer, a. a. O. S. 268.

che, daß der Sprachgebrauch der Wissenschaft in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg alles andere als einheitlich war. ¹⁶⁾

Die herrschende Lehre kann demgegenüber für sich in Anspruch nehmen, die Verfassungstradition seit dem Kaiserreich ¹⁷⁾ fortzuführen, die auch dem Parlamentarischen Rat bekannt war und mit der dieser nicht brechen wollte. ¹⁸⁾ In die gleiche Richtung deutet der Gedanke der Praktikabilität, denn nur die h. L. vermag den Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden, denn andernfalls käme es zu folgendem Verfahrensgang: Der Bund erläßt zunächst die materiellen Vorschriften, worauf der Landesgesetzgeber die notwendigen Behörden abstrakt errichtet. Dann ist der Bund wiederum am Zuge, um die innere Organisation zu regeln, d. h. den Sitz der Behörde, ihren örtlichen Geschäftsbereich und ihre Ausstattung mit Stellen (für Landesbeamte!!) zu bestimmen. Für die Einrichtung bringen die Länder aber die wesentlich größere Sachnähe mit, die für die abstrakte Errichtung nicht notwendig ist. Die Regelung, die nach der Gegenmeinung das Grundgesetz getroffen haben soll, mutet deshalb reichlich merkwürdig an.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Bund das Recht hat, Landesbehörden zu errichten. Demnach ist § 20 Abs. 8 VSiG mit der Verfassung vereinbar. Die Zustimmung des Bundesrates kann durch Bundesgesetz ausgeschlossen werden (Art. 84, 85, 86 GG).

Es fragt sich jedoch, ob dem Bund auch im Bereich des Wirtschaftssicherungsgesetzes und des Ernährungssicherungsgesetzes eine so weit reichende, weil von der Zustimmung des Bundesrates unabhängige, Organisationsgewalt eingeräumt ist. Die Frage ist aufzuwerfen, weil es an einer eindeutigen Bestimmung, wie § 20 Abs. 8 VSiG, fehlt, andererseits die gesetzlichen Materialien von einem generellen Ausschluß der Zustimmung des Bundesrates ausgehen. ¹⁹⁾

16) vgl. Maunz-Dürig, Rdn. 19 zu Art. 84 GG.

17) Zur Rechtslage in Kaiserreich vergleiche: Albert Haenel, Deutsches Staatsrecht, 1. Bd., S. 352; Heinrich Triepel, Die Kompetenz des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, 2. Bd., S. 297.

Zur Rechtslage unter der Geltung der Weimarer Verfassung siehe: Gerhard Lassar, Gegenwärtiger Stand der Aufgabenverteilung zwischen dem Reich und den Ländern, § 28 im Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1. Bd., S. 312 ff. (S. 314).

18) Hans Schneider, Körperschaftliche Verbundverwaltung, in: AöR 83 (1958), S. 1 ff. (S. 19).

19) BuTagsDrucks. IV 892, S. 11 (zu § 8 Abs. 8) und BuTagsDrucks. IV 893, S. 14 (zu § 10 Abs. 8).

Für ein derartiges Recht des Bundes könnte man den allgemeinen Ausschluß des Zustimmungserfordernisses, wie er für Rechtsverordnungen materiellen Inhalts in den §§ 6 Abs. 2 WiSiG und 8 Abs. 3 ESiG vorgesehen ist, heranziehen. Es bedarf dann aber des Nachweises, daß die Befugnisse zum Erlaß von Rechtsverordnungen im materiellen Sinne der zum Erlaß von Rechtsverordnungen im nur formellen Sinne gleichgestellt sind. Verfassungsrechtlich formuliert heißt die entscheidende Frage: Sind die organisationsrechtlichen Befugnisse des Bundes in den Art. 84 und 85 GG lediglich anerkannt, also in den Bundeskompetenzen nach den Art. 73 ff. GG schon enthalten, oder werden sie dem Bund erst durch die Artikel 84 ff. GG eingeräumt? Im ersten Falle sind die Ermächtigungen einander gleichzustellen, womit auch die organisationsrechtlichen Befugnisse von der Zustimmung des Bundesrates befreit sind, im anderen haben sie verschiedene Wurzeln und der Gesetzgeber mußte seine Absicht, auch die organisationsrechtlichen Befugnisse von der Zustimmung des Bundesrates freizustellen, ganz klar zum Ausdruck bringen. Jeder Zweifel geht zu seinen Lasten, d. h. es bleibt bei der verfassungsrechtlichen Regel, der Zustimmung des Bundesrates.

Für den überwiegenden Teil der Lehre ist die Organisationsmacht des Bundes Teil seiner Sachregelungskompetenz, die ihm in den Art. 73 ff. GG zugewiesen wurde.²⁰⁾ Das soll sich zunächst aus dem Wortlaut der Artikel 84 und 85 GG ableiten lassen; Nach beiden Vorschriften haben die Länder nur dann organisationsrechtliche Befugnisse, wenn der Bund keine gegenteilige Regelung getroffen hat. Auch wird die Entstehungsgeschichte zur Begründung dieser Meinung herangezogen.²¹⁾

Bei der Auslegung der Worte "Einrichtung" und "Errichtung" sahen wir jedoch, daß Wortinterpretationen im Bereich des VIII. Abschnittes des Grundgesetzes wenig Überzeugungskraft zukommen. Zudem läßt sich gerade der "So-weitsatz" als Ausnahme ansehen. Beide Interpretationen sind möglich. - Die Textgeschichte hilft nicht weiter, bzw. aus ihr läßt sich ein Argument gegen die h. L. ableiten: Bei den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates ersetzte

20) Karl August Bettermann, Das Verwaltungsverfahren, in: VVDStRL Heft 17 (1959), S. 118-182 (157 f.); Heinz van Hausen, Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers aus Art. 84 und 85 GG, in: DöV 1960, S. 1 ff. und; Zur Diskussion über die Bundeszuständigkeit aus Art. 84 und 85 GG, DöV 1960, S. 441 ff.; Harry Rohwer-Kahlmann: Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze (Art. 84 Abs. 1 GG) in: AöR 79 (1953/54), S. 208-226 (221 f.); Maunz-Dürig Rdn. 12 zu Art. 83 GG.

21) Hans Schäfer, Die Bundesauftragsverwaltung, in: DöV 1960, S. 641 ff. (S. 646).

die Fassung des Grundgesetzes folgenden Satz, den man zunächst in Aussicht genommen hatte: "Sie (sc. die Länder) regeln die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren, soweit Bundesgesetze nichts anderes vorsehen".²²⁾ Durch die Einfügung des Zustimmungserfordernisses hat man jedoch deutlich gemacht, daß alle Verwaltungskompetenzen grundsätzlich bei den Ländern liegen sollen.

Wichtiger als das begriffliche und das historische Argument sind die von der herrschenden Lehre vorgetragenen systematischen Argumente. Für Maunz²³⁾ folgt aus der Parallelität, mit der sich die Verwaltungszuständigkeiten an den Gesetzgebungszuständigkeiten orientieren, daß der VIII. Abschnitt über die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung die Gesetzgebungskompetenzen des VII. Abschnittes voraussetzt. Das vermag letztlich nicht zu überzeugen. Denn eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird dann eingerichtet, wenn ein Interesse an einer bundeseinheitlichen Regelung der Materie vorliegt, wie sich das insbesondere aus Art. 72 Abs. 2 GG ergibt. Dasselbe Bedürfnis kann für die bundeseigene Durchführung solcher Gesetze geltend gemacht werden. Würde der VIII. Abschnitt, wie Maunz annimmt, nur Annexkompetenzen enthalten, so müßte er eigentlich den Verwaltungskompetenzen des Bundes den gleichen Umfang wie den Gesetzgebungskompetenzen gegeben haben. Das ist jedoch nicht geschehen. Der VIII. Abschnitt wurde daher von einem anderen Gedanken aus konzipiert.

Friedrich Klein bestimmt das Verhältnis der beiden Abschnitte nach folgendem Gedanken:²⁴⁾ Die Verfassung regelt im VII. Abschnitt unter dem Titel "Die Gesetzgebung des Bundes" das Verhältnis des Bürgers zum Staat. Da im Bereich der Eingriffverwaltung Organisationsmaßnahmen dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen, sind auch sie im VII. Abschnitt geregelt. Der VIII. Abschnitt befaßt sich nur, da die gesetzesakzessorische Verwaltung bereits angesprochen ist, mit der gesetzesfreien Verwaltung, für die er die notwendige Abgrenzung der Rechte von Bund und Ländern bringt. Die Bedeutung der Artikel 84 und 85 GG liegt darin, daß sie das Zustimmungserfordernis einführen.

Eine solche Aufspaltung der Organisationsgewalt in einen gesetzesakzessorischen und in einen gesetzesfreien Teil findet im Grundgesetz jedoch keine Stütze.²⁵⁾

22) vgl. JöR Bd. 1 n.F. (1951), S. 635 oben.

23) Maunz-Dürig, Rdn. 12 zu Art. 83 GG.

24) Friedrich Klein, Das Verhältnis von Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeit nach dem Grundgesetz, in: AöR 88 (1963, S. 317 ff. (S. 406) im Anschluß an Karl Pathe, Die Ausführung der Bundesgesetze, in: DVBl. 1951, S. 681 ff. (S. 684).

25) BVerfG Entscheid vom 28.2.1961, BVerfGE 12, S. 246 ff. (S. 248).

Ausgangspunkt jeder Überlegung muß vielmehr die allgemeine Zuständigkeitsvermutung im Bundesstaate sein, wie sie in den Artikeln 30, 70 und 83 GG niedergelegt worden ist. Sie gibt den Ländern das Recht, alle staatlichen Funktionen auszuüben, die das Grundgesetz nicht ausdrücklich dem Bunde übertragen hat. Unter dieser Voraussetzung können die organisationsrechtlichen Befugnisse des Bundes nur in dem Abschnitt über die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung gefunden werden.²⁶⁾ Das gilt insbesondere dann, wenn man mit Konrad Hesse den Sinn des Föderalismus darin sieht, die Machtballung bei der Exekutive des Bundes auszubalancieren, indem die Länder den Sachverstand ihrer Verwaltungsbehörden über den Bundesrat zur Geltung bringen.²⁷⁾ Das gibt der Organisationsgewalt ein Gewicht für die Ausbalancierung des gesamten Staates, das es verbietet, in ihr nur einen Annex der allgemeinen Gesetzgebungszuständigkeit zu sehen.

Die Organisationsbefugnisse des Bundes haben ihren Sitz also nicht in den Regelungen der Artikel 73 ff., sondern in den Artikeln 84 ff. Deshalb müssen Organisationsbefugnisse streng von dem Recht zur materiellen Gesetzgebung getrennt werden.

§ 6 Abs. 2 WiSiG bezieht sich auf § 1 WiSiG, - desgleichen § 8 Abs. 3 ESiG auf § 1 ESiG -, eine Vorschrift, die sich mit dem Recht befaßt, Verordnungen materiellen Inhalts zu erlassen. Deshalb kann diese Bestimmung grundsätzlich nicht auf Verordnungen angewandt werden, durch welche organisatorische Fragen geregelt werden. Die Kluft zwischen den beiden Arten von Normen wird durch das Gesetz nicht in der klaren Weise überbrückt, wie dies im Ver-

-
- 26) BVerfG in folgenden Entscheidungen: vom 28. 2. 1963, BVerfGE 12, S. 205 ff. (S. 229); vom 24. 7. 1962, BVerfGE 14, S. 197 ff. (S. 210); vom 30. 10. 1962, BVerfGE 15, S. 1 ff. (S. 16); sowie aus der Literatur: Hans Peters, Die Stellung des Bundes in der Kulturverwaltung nach dem Bonner Grundgesetz, Kaufmann-Festgabe S. 281 ff. (S. 290); Hans Schneider, Körperschaftliche Verbundverwaltung, in: AöR 83 (1958), S. 1 ff. (S. 16); dergleich, Rundfunk als Bundesaufgabe (Gutachten), in: Der Fernsehstreit, Bd. 1, S. 417 ff. (S. 425); Hans Nawiasky, Grundgedanken des Grundgesetzes, S. 38; Wilhelm Laforet, Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz, in: DöV 1949, S. 221 ff. (S. 223); Dieter Haas, Bundesgesetz über Organisation und Verfahren der Landesbehörden, AöR 80 (1956), S. 81 ff. (S. 85 ff.); Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht, 2. Bd., § 78 II b und c.
- 27) Konrad Hesse, Der unitarische Bundesstaat, S. 27 ff.

kehrssicherstellungsgesetz geschehen ist. Deshalb muß davon ausgegangen werden, daß für organisationsrechtliche Bestimmungen die Zustimmung des Bundesrates weiterhin erforderlich ist. Wirtschafts- und Ernährungssicherstellungsgesetz kennen also die Feststellungswirkung "zentrale Organisationsgewalt" nicht.

bb) Behördenkumulierung

Unter dem Begriff "zentrale Organisationsgewalt" konnte nur von in Gesetzen vorgesehenen Möglichkeiten gesprochen werden, deren Umsetzung in die Wirklichkeit der Verwaltung im Ermessen des Verordnungsgebers steht. Demgegenüber enthält § 5 Abs. 2 BLG eine klare organisationsrechtliche Regelung.

Das Bundesleistungsgesetz trennte in seiner ursprünglichen Fassung die Bedarfsträger (z. B. die Bundeswehr und die alliierten Streitkräfte) streng von den Anforderungsbehörden. Damit zog es die Konsequenzen aus unerfreulichen Erfahrungen, die man unter der Geltung des Reichsleistungsgesetzes hatte sammeln müssen. Damals waren beide Funktionen in einer Hand vereinigt gewesen, was dazu führte, daß die Behörden den bequemen, hoheitlichen Weg schon dann gingen, wenn die Beschaffung auf dem Markte mühsamer gewesen wäre. 28)

Die ursprüngliche strenge Trennung relativierte die Novelle zum Bundesleistungsgesetz aus dem Jahre 1961. Sie gestand Behörden der Bundeswehrverwaltung auf bestimmte Gegenstände begrenzte Anforderungsrechte zu (§ 5 Abs. 2 BLG). Da es sich dabei aber um einen Ausnahmefall handeln sollte, sicherte man ihn gegen einen allzu extensiven Gebrauch durch eine Feststellung. 29)

Es ist das erklärte Ziel der Durchbrechung, mitzuhelfen, im Ernstfalle Zeit zu sparen. Die Anforderungsrechte des § 5 Abs. 2 BLG decken Ausrüstungsbedarf der Truppe, der ihr aus dem zivilen Bereich zugeführt werden kann (Kraftfahrzeuge, Zelte, Funkausrüstungen u. ä.) und muß. Anforderungsbehörden sind grundsätzlich die Landratsämter. Da aber die Verwaltungsstruktur in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich ist, kann es nicht ausbleiben, daß Bedarfsanforderungen an die falsche Behörde gerichtet werden. Deshalb wurde die Möglichkeit geschaffen, sich an die Wehrbehörden zu wenden, mit denen die Truppe schon im Frieden zusammenarbeitet. 30)

Die gleichen Gegenstände können auch für zivile Einrichtungen gebraucht werden, z. B. um dem Roten Kreuz die Einrichtung eines Notlazaretts zu ermög-

28) BuTagsDrucks. II 1804.

29) Es ist daran gedacht, die Feststellungen im Bundesleistungsgesetz dem Art. 80 a GG zu unterstellen; vgl. die Entschließung des Deutschen Bundestages vom 30. 5. 1968, Sten. Ber. der 178. Sitzung, S. 9656 (D) und 9658 (B).

30) Bauch-Danckelmann-Kerst, Anm. 1 zu § 5 BLG.

lichen. Für diesen Bedarf sind die allgemeinen Anforderungsbehörden zuständig, die sich aus der Verordnung vom 1.10.1961 (BGBl. I S. 1786) ergeben. Durch die Feststellung der Bundesregierung entsteht also ein Nebeneinander von Landes- und Bundesbehörden auf demselben Sachgebiet. Es findet nach dem Wortlaut der Bestimmung des § 5 Abs. 2 BLG keine Aufteilung der Bedarfsträger und damit der Aufgabenbereiche in der Weise statt, daß die Bundeswehr Anforderungen nur noch an die Wehrbehörden richten dürfte. 31)

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erscheint die "Behördenkumulierung" unbedenklich. Dem Bundesgesetzgeber verleiht Art. 87 b Abs. 2 GG das Recht, Bundesgesetze der Verteidigung einschließlich des Wehersatzwesens und des Schutzes der Zivilbevölkerung in bundeseigener Verwaltung ausführen zu lassen. Dazu gehört das Bundesleistungsgesetz zumindest insoweit, als es den Bedarf der Bundeswehr zu decken bestimmt ist. Könnte der Bundesgesetzgeber die Ausführung aber ganz in die Hände der bundeseigenen Bundeswehrverwaltung legen, so kann gegen die minder schwere Ausnahme vom Verfassungsgrundsatz, daß Bundesgesetze von den Ländern ausgeführt werden, nichts eingewandt werden. Darin aber, daß die Landesbehörden zuständig bleiben und bei jeder Anforderung durch Bundesbehörden gehort werden müssen (§ 5 Abs. 2 BLG), liegt eine mindere Durchbrechung des Verfassungsgrundsatzes.

cc) Wechsel des Verwaltungstyps

Die Bestimmungen der §§ 10 Abs. 7 Satz 1 ESiG und 10 Abs. 4 ESiG enthalten eine Feststellungswirkung, die sich nur aus der Systematik des gesamten Gesetzes erklären läßt. Das Ernährungssicherstellungsgesetz enthält als einziges der Sicherstellungsgesetze auf wirtschaftlichem Gebiet neben den auf den Verteidigungsfall zugeschnittenen Normen auch noch solche, deren Ziel die Bekämpfung einer Versorgungskrise ist (§§ 1 und 3 ESiG). Dementsprechend gibt es auch zwei verschiedene Regelungen für die verwaltungsmäßige Durchführung des Gesetzes. Muß das Gesetz für Zwecke der Verteidigung angewandt werden, führen es die Länder und Gemeinden im Auftrage des Bundes durch; soll es dazu dienen, einer Versorgungskrise Herr zu werden, führen es die Länder als eigene Angelegenheit aus.

Die nun zu besprechende Feststellungswirkung befaßt sich mit dem Fall, daß es, während man eine Versorgungskrise bekämpft, notwendig wird, die Verteidigungsbereitschaft der Bundesrepublik zu erhöhen und auch zu diesem Zweck auf das Ernährungssicherstellungsgesetz zurückgegriffen wird. Faßt der Bundestag

31) in diesem Sinne Bauch-Danckelmann-Kerst in Anm. 1 zu § 5 BLG; im Gegensatz zur Stellungnahme des gleichen Kommentars in Anm. 6 zu § 1 BLG.

einen Beschluß gem. Art. 80 a GG, so sind die Landesbehörden von diesem Augenblick an im Auftrage des Bundes tätig, soweit ihre Maßnahmen auch dazu dienen, die Verteidigungsbereitschaft der Bundesrepublik zu erhöhen (§ 10 Abs. 4 ESiG).

Gemäß Art. 87 b Abs. 2 Satz 2 GG ist eine solche Regelung zulässig.

Eine Änderung des Verwaltungstyps bringt dem Bund erhöhte Einflußmöglichkeiten auf die Verwaltungen der Länder und stärkt so die Bundesexekutive. Die Bundesrepublik wird auf solchem Wege zentralistischer. Das Ernährungssicherstellungsgesetz bestätigt damit die Tendenz aller Sicherstellungsgesetze auf wirtschaftlichem Gebiet den sehr föderal bestimmten Charakter der Bundesrepublik für die Zeit der äußeren Bedrohung zurücktreten zu lassen.

dd) Kompetenzsprung

Unter den Überschriften: "Veränderungen im Verhältnis des Bundes zu den Ländern", insbesondere "im Bereich der Gesetzgebung", muß auch noch der Vorgang angeführt werden, daß dann, wenn eine der Bedingungen des Art. 80 a Abs. 1 GG erfüllt ist, das Recht, die Rechtsverordnungen zur Ausfüllung des § 1 eines der drei Sicherstellungsgesetze zu erlassen, von dem Kollegialorgan Bundesregierung auf den sachlich dazu berufenen Fachminister übergeht. Die Feststellung des Bundestages, der Spannungsfall sei eingetreten, läßt, bildlich gesprochen, die Kompetenz, die Verordnungen zu erlassen, springen, ohne daß es eines ausdrücklich darauf gerichteten Aktes bedürfte.

Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte können gegen diese Regelung (§§ 5 Abs. 2 Satz 1 WiSiG, 6 Abs. 2 Satz 1 VSG und 7 Abs. 2 Satz 1 ESiG) nicht vorgetragen werden. Denn es stand dem Gesetzgeber frei, ³²⁾ ob er die Bundesregierung oder den Fachminister mit der Aufgabe, die Verordnungen zu erlassen, betrauen wollte. Daher konnte er auch die dargestellte Regelung vorsehen. Da-

32) Wiltraut v. Brünneck, Können Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß ein Bundesminister ermächtigt ist, von der Bundesregierung erlassen werden? in: DöV 1951, S. 260. Ob es sich bei einer Delegationsverordnung um eine Verordnung im lediglich formellen Sinne handelt (so neben Hildegart Krüger, Zu Art. 80 Abs. 1 Satz 4 des Grundgesetzes, in: DöV 1950, S. 16, v. Mangoldt, Kommentar S. 433 und Maunz-Dürig, Rdn. 15 zu Art. 80 GG) oder ob es sich um eine echte Rechtsverordnung handelt (so F. Klein, Verordnungsermächtigung nach deutschem Verfassungsrecht, a. a. O. S. 71 im Anschluß an Heinrich Triepel, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, S. 29 und 85) kann, da es sich nur um einen Gliederungspunkt handelt, dahingestellt bleiben. Der Unterschied resultiert aus verschiedenen Gesetzesbegriffen.

gegen kann unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit nichts vorgetragen werden, wenn die Feststellung gem. Art. 80 a GG veröffentlicht wird. Denn jeder-mann kann dann erkennen, welche Regelung im fraglichen Zeitpunkt gilt.

Eine Rechtfertigung bedarf noch die Einordnung der Feststellungswirkung "Kompetenzsprung" unter den Titel "Veränderungen im Verhältnis des Bundes zu den Ländern", handelt es sich doch auf den ersten Blick um einen rein "bundesinternen" Vorgang. Dennoch hat er Auswirkungen auf das Gleichgewicht zwischen dem Bund und den Ländern. Der Übergang auf den Fachminister wurde aus dem Wunsch geboren, die Gesetzgebung des Bundes noch effektiver zu gestalten. Je schneller der Bund Normen erlassen kann, desto schwieriger wird es für die Länder, Gegenvorstellungen zu entwickeln. Sie stehen in der Gefahr, durch die Fülle der Normen "zugedeckt" zu werden und mit ihren Vorschlägen immer erst auf die Arbeit von "vorgestern" antworten zu können. Müßte jede Verordnung von der Bundesregierung vor Erlass beraten werden, würde der "Ausstoß" zwangsläufig geringer werden, was die Position der Länder stärkte. Deshalb die Einordnung unter diesem Stichwort.

2. Innerhalb der Verwaltung: "zentrales Anordnungsrecht"

In den Sicherstellungsgesetzen für Wirtschaft, Verkehr und Ernährung findet sich inhaltlich gleichlautend die Bestimmung, daß durch den Eintritt einer der Bedingungen des Art. 80 a GG der Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften nicht mehr von der in der Verfassung als Grundsatz vorgesehenen Zustimmung des Bundesrates abhängt (§§ 20 Abs. 6 VSiG, 8 Abs. 4 Satz 3 WiSiG, 7 Abs. 2 ESiG). Eine solche Ausnahme rechtfertigt das Grundgesetz durch die Bestimmung des Art. 87 b Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz.

Die Bundesregierung erhält also die Möglichkeit, unmittelbar auf die Verwaltungsbehörden der Länder Einfluß zu nehmen. Sie kann die allgemeinen Verwaltungsvorschriften direkt an die einzelnen Behörden versenden, ohne die Landesregierungen einschalten zu müssen.³³⁾ Da ihr, wenn die Länder und Gemeinden im Auftrage des Bundes tätig werden, auch das Recht zu Einzelweisung zusteht,³⁴⁾ erhalten die Landesbehörden in der praktischen Verwaltungsarbeit den Charakter von Bundesinstanzen, auch wenn sich formal die Stellung der Behörden und Amtsinhaber nicht verändert.

33) Maunz-Dürig, Rdn. 23 zu Art. 85 GG.

34) Maunz-Dürig, Rdn. 34 und 35 zu Art. 85 GG.

II. ÄNDERUNGEN IM VERHÄLTNIS DES BÜRGERS ZUM STAAT

Weniger zahlreich, aber wohl nicht minder bedeutsam, sind die Auswirkungen der Feststellungen (- worunter die Beschlüsse des Bundestages nach Art. 80 a GG oder die der Bundesregierung nach § 6 Abs. 6 WPflG, §§ 1 Abs. 2 und 83 BLG als einem Oberbegriff zusammengefaßt werden sollen -) im Verhältnis des Bürgers zum Staat. Neben den noch zu nennenden müßten hier auch alle Feststellungswirkungen aus dem Verhältnis der Länder zum Bund genannt werden, soweit ihre Wirkung nur durch ein Gesetz angeordnet werden kann. Denn die Gesetzesform muß eingehalten werden, weil und soweit Regelungen nicht ohne Einwirkung auf die Rechtsstellung des Bürgers bleiben. Unmittelbar berühren die von Feststellungen ausgelösten Veränderungen die Rechte der Länder; der Bürger spürt die Auswirkungen erst in einem auf anderer Weise als zuvor erstellten Anwendungsakt, also erst im zweiten Schritt. Da liegt der Grund, warum jene Feststellungswirkungen unter einem eigenen Gliederungsstichwort zusammengefaßt und unter dem neuen Gesichtspunkt "Verhältnis des Bürgers zum Staat" nicht noch einmal aufgeführt werden.

1. Die Kompetenzerweiterung

Das Terminus "Kompetenzerweiterung" kennzeichnet die weitaus häufigste Feststellungswirkung. Um sie zu erläutern, sei die Regelung des § 6 Abs. 6 WPflG vorgetragen: Sie gibt der Bundesregierung das Recht, Wehrübungen als zeitlich unbegrenzten Bereitschaftsdienst anzuordnen. Spricht die Regierung die Anordnung aus, können die Kreiswehersatzämter, Wehrpflichtige zu derartigen Wehrübungen einberufen, ohne Rücksicht nehmen zu müssen, auf die sonst im Gesetz angeordnete Höchstdauer (§ 6 Abs. 2 WPflG). Die Behörden erhalten eine Befugnis, die ihnen ohne die Anordnung der Bundesregierung nicht zukommt. Ihre Kompetenz erweitert sich durch die Feststellung.

Den bei weitem bedeutsamsten und innenpolitisch relevantesten Fall, der unter diesem Stichwort zu nennen ist, enthält § 3 ASiG, der die Verfassungsbestimmungen aus Art. 12 a GG in das einfache Gesetzesrecht transponiert. Das gesamte politisch so außerordentlich umstrittene ³⁵⁾ Arbeitssicherstellungsgesetz

35) Hingewiesen sei nur auf einige der Publikationen, die während der parlamentarischen Beratungen dieser Gesetzesmaterie erschienen sind: Karl Bechert, Kritik der Notstandsverfassung, GewMoH 1967, S. 449 (S. 458); Otto Brenner, Nein zum Notstands- und Notdienstgesetz, GewMoH 1961, S. 70 ff. (S. 71); derselbe, Nein zur Notstandsgesetzgebung, Ja zur sozialen Demokratie, GewMoH 1963, S. 260 ff. (S. 264); derselbe, Bericht vor

darf erst angewandt werden, wenn der Bundestag seiner Anwendung ausdrücklich zustimmt oder den Eintritt des Spannungsfalles feststellt. Zu beiden Beschlüssen bedarf es einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen. Ohne einen solchen Beschluß stehen alle Ermächtigungen nur auf dem Papier, wenn man von den engen Möglichkeiten, den Vollzug vorzubereiten, einmal absieht. Ohne ihn hat kein Arbeitsamt das Recht, einen Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz festzuhalten oder ihn durch Verpflichtungsbescheid an einen Arbeitsplatz zu stellen.

Entsprechende Normen enthalten die Sicherstellungsgesetze für Wirtschaft, Verkehr und Ernährung für die Anwendung der die Rahmenvorschriften der Paragraphen 1 ausfüllenden Rechtsverordnungen (§§ 2 VSIG, 2 WiSiG, 2 ESiG) sowie bereits anwendbarer Ermächtigungsnormen (§§ 13 und 15 VSIG). Bis zu einem Beschluß nach Art. 80 a GG dürfen auch keine durch § 12 Abs. 2 KaSchuG ermöglichten Evakuierungsmaßnahmen angeordnet werden. Solange ist es unmöglich, ungediente Spezialisten zur Bundeswehr einzuberufen (Anordnung der Bundesregierung, § 49 WPflG). Der Vollständigkeit halber sei schließlich noch auf folgende Fälle hingewiesen: §§ 2 Abs. 3 Satz 3, 83 BLG, 48 Abs. 1 Ziff. 1 und 5 WPflG. Auf ihre Erläuterung kann verzichtet werden, da sie zwar eine andere Materie betreffen als § 3 ASiG, zur Wertung der Feststellungswirkung "Kompetenzerweiterung" jedoch nichts eigenständiges beizutragen vermögen.

Es ist das Kennzeichen der Feststellungswirkung "Kompetenzerweiterung", daß Behörden Befugnisse zu Eingriffen in die Rechtssphäre des Bürgers erteilt oder freigegeben werden, die ihnen zuvor nicht zukommen.

Eine verfassungsrechtliche Würdigung dieser Feststellungswirkung setzt eine Auseinandersetzung mit dem Rechtsstaatsbegriff voraus. Sie würde den Rahmen dieses der Darstellung vorbehaltenen Teils der Arbeit sprengen und wird daher an anderer Stelle gegeben werden.

Fortsetzung der Fußn. 35) von S. 18:

dem 2. Hearing, Protokolle S. 41 ff.; Heinrich Hannover, Die totale Erfassung des Volkes durch die Nebengesetze, in: Der totale Notstandsstaat, S. 47 ff.; Ludwig Rosenberg, Bericht vor dem 2. Hearing, Protokoll S. 19 ff.; Werner Hofmann, Notstandsplanung - Wirtschaft - Arbeitnehmerschaft, in: Notstand der Demokratie, S. 97 ff.; Alexander Schubart, Unsere künftige Notstandsverfassung - Darstellung und Kritik, GewMoH 1965, S. 455 ff. (S. 459); Helmut Ridder, Bericht vor dem 1. Hearing, Protokoll S. 75.

2. Verpflichtungsbedingung

Die Feststellungswirkung "Kompetenzerweiterung" hat zunächst nur Bedeutung für die Verwaltung, sie erhält ein Mehr an Rechten. Die Wirkung "Verpflichtungsbedingung" hat demgegenüber eine unmittelbare Wirkung für den Bürger. Es ist nämlich möglich, daß Angehörigen des Zivilschutzkorps Bereithaltungsbescheide zugestellt werden, die sie verpflichten, sich zu einem bestimmten Zeitpunkt nach Erlaß der Feststellung an einem bestimmten Ort zu melden. Die Feststellung aktualisiert eine Verpflichtung. Das ist einzigartig, und nur in § 15 Abs. 2 ZSchuKG vorgesehen.

Geht man davon aus, daß überhaupt Einberufungen zum Zivilschutzkorps vorgenommen werden können, ist gegen die Regelung nichts einzuwenden. Denn wenn die Feststellung veröffentlicht wird, ist für den Einzelnen klar erkennbar, zu welchem Zeitpunkt er sich melden muß (Rechtsklarheit).

Damit es keinen Zweifel gibt, muß noch einmal darauf hingewiesen werden, daß das nur für solche Angehörige des Zivilschutzkorps gilt, die einen entsprechenden Bereithaltungsbescheid erhalten haben, d. h. die Feststellung hat eine unmittelbare Wirkung, weil zuvor ein Anwendungsakt erlassen worden ist, aus dem sich alle übrigen Bedingungen der Verpflichtung ergeben.

3. Verwaltungsvereinfachung

Wirkungen, die diesen Namen verdienen, enthalten nur Gesetze, die nicht nur im Verteidigungsfall Bedeutung haben, sondern auch außerhalb angewandt werden. Es sind dies das Bundesleistungsgesetz (§ 38 BLG), das Zivilschutzkorpsgesetz (§ 15 Abs. 3 ZSchuKG) und als wichtigstes das Wehrpflichtgesetz (§ 48 Abs. 1 Ziff. 2 und 4 WPflG). So sind z. B. die Regelungen des Wehrpflichtgesetzes, soweit es das Verfahren angeht, an den Bedürfnissen des Friedens orientiert, in dem sie hoffentlich ausschließlich angewandt werden. Sie suchen dementsprechend jedem rechtsstaatlichen Gebot Rechnung zu tragen und nehmen es bewußt in Kauf, daß das Verfahren bis zur Einberufung oder zur Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer kompliziert und zeitraubend ist.

In den Zeiten der Not, dem Verteidigungsfall oder der unmittelbaren Vorbereitung auf ihn (Spannungsfall), muß aber dafür gesorgt werden, daß nicht unbedingt notwendige Arbeiten und rechtsstaatlich nicht unverzichtbare Ausgestaltungen des Verwaltungsverfahrens im Interesse seiner Beschleunigung abgebaut werden. Deshalb hat der Gesetzgeber angeordnet, daß an die Stelle der kollegial zusammengesetzten Ausschüsse und Kammern ein einzelner Beamter, der Leiter der zuständigen Behörde, die Entscheidungen trifft und über Widersprüche befindet (§ 48 Abs. 1 Ziff. 2 WPflG).

In einer anderen Vorschrift (§ 15 Abs. 3 ZSchuKG) erlaubt das Gesetz auch schon im Spannungsfall von sonst strengen Formvorschriften abzusehen: der Heranziehungsbescheid zum Zivilschutzkorps bedarf nicht mehr der Schriftform, sondern kann mündlich, fernmündlich, auf dem Funkwege, durch öffentlichen Aufruf oder in einer sonstigen geeigneten Weise, also formlos ausgesprochen werden. Ähnliches gestattet § 38 für die Heranziehung nach dem Bundesleistungsgesetz.

Diese Veränderungen des von der Verwaltung einzuhaltenden Verfahrens widersprechen rechtsstaatlichen Prinzipien nicht. Sie verringern die rechtsstaatlichen Sicherungen gegen eine falsche Inanspruchnahme von Bürgern. Die Verringerung geht jedoch nicht soweit, daß sie rechtsstaatlich nicht mehr toleriert werden könnte. Denn dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit und den daraus abgeleiteten Forderungen kann nicht das Postulat entnommen werden, daß über Widersprüche in Wehrpflichtsachen notwendig ein kollegial zusammengesetztes Organ befinden muß, wenn nur sachliche Unabhängigkeit garantiert ist. Beide, die Friedensregelung und die Regelung für den Ausnahmezustand bewegen sich noch innerhalb des Bereichs gesetzgeberischen Ermessens, den auch rechtsstaatliche Gebote dem Gesetzgeber lassen.

4. Begrenzung der Rechtsmittelwirkung

In § 48 Abs. 1 Ziff. 3 WPfLG wird ausgesprochen, daß von dem Zeitpunkt ab, in dem die Bundesregierung die Anordnung gem. § 6 Abs. 6 ausgesprochen hat, dem Widerspruch gegen den Musterungsbescheid und den Einberufungsbescheid bestimmter Wehrpflichtiger keine aufschiebende Wirkung mehr zukommt. Der Ausschluß des Suspensiveffektes kann zu einer gewissen Gefährdung der Rechte des Wehrpflichtigen führen und ist deswegen rechtsstaatlich nicht ganz unbedenklich. Denn trotz seines Widerspruchs oder seiner Klage kann der Wehrpflichtige eingezogen werden, wenn er es versäumt, rechtzeitig einen Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO zu stellen, um die aufschiebende Wirkung wieder herstellen zu lassen. Das Recht zu diesem Antrag steht ihm schon vor Klageerhebung zu, wenn er Widerspruch eingelegt hat.³⁶⁾

Es bleibt dem Einzelnen also ein Weg, auf dem er verhindern kann, daß vollendete Tatsachen geschaffen werden. Daher gilt folgende Wertung: Der Ausschluß des Suspensiveffektes führt zu einer gewissen Erschwerung und damit zu einer gewissen Gefährdung der Rechtsverfolgung, nicht jedoch zu einer rechts-

36) Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 66 II 1, S. 220.

staatlich bedenklichen Gefährdung der Effektivität des Rechtsschutzes. ³⁷⁾

5. Rechtsmittelbeschränkung

Schließlich muß noch auf eine letzte, nur in den Sicherstellungsgesetzen für Wirtschaft, Verkehr und Ernährung enthaltene Feststellungswirkung hingewiesen werden: die Rechtsmittelbeschränkung. Sie ist in § 12 WiSiG (als Beispiel) folgendermaßen formuliert: "In einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren über Maßnahmen nach diesem Gesetz oder einer auf diesem Gesetz beruhenden Rechtsverordnung sind die Berufung gegen ein Urteil und die Beschwerde gegen eine andere Entscheidung des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen, wenn die Voraussetzung des § 2 Abs. 1 vorliegt." § 2 Abs. 1 WiSiG verweist auf Art. 80 a GG. Die Formulierungen in den beiden anderen Gesetzen sind sachlich gleich (§§ 23 VSiG, 20 ESiG).

Auch diese Regelung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da Art. 19 IV GG keinen mehrstufigen Instanzenzug, ³⁸⁾ sondern nur einen effektiven Rechtsschutz garantiert. ³⁹⁾ Ein solcher ist jedoch auch dann, wenn das Verfahren nur zweistufig ausgebildet ist, gewährleistet.

37) Eine wichtige Forderung des Rechtsstaatsgedankens; Peter Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit, S. 115; Maunz-Dürig, Rdn. 4 zu Art. 103 Abs. 1 GG.

38) ganz allgemeine Meinung; Maunz-Dürig, Rdn. 46 zu Art. 19, Abs. 4 GG; v. Mangoldt-Klein, Kommentar S. 574, S. 601 f., Bundesverfassungsgericht Ent. vom 20.7.1954 BVerfGE 4, S. 94; vom 28.7.55 BVerfGE 4, S. 210 f.; BVerwG in st. Rspr. seit BVerwGE 1, S. 60.

39) Maunz-Dürig, Rdn. 1 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

C. ERLAUBT DAS GRUNDGESETZ, VORSORGE FÜR DEN NOTSTANDSFALL ZU TREFFEN?

I. EINLEITUNG

Vor den gemeinsam tagenden Rechts- und Innenausschüssen des Deutschen Bundestages hat Helmut Ridder seine Kritik an den geplanten Notstandsregelungen noch einmal gesammelt vorgetragen ¹⁾ und die These vertreten, die vorgesehene Notstandsregelung sei in einem so hohen Maße verfassungswidrig, daß sie nicht einmal mehr die Vermutung der Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen könne. Der Gesetzgeber sei, so meinte er, dabei, nicht nur verfassungswidriges, sondern nichtiges Verfassungsrecht zu schaffen. In der inzwischen verabschiedeten Notstandsverfassung dürfe man keine Verfassungsänderung sehen, keine Verfassungsänderung, sondern eine (unzulässige) Verfassungsdurchbrechung.

Ridder nennt vier Gründe für seine Ansicht, die er mit den Gedanken verbindet, die Horst Ehmke zu Grenzbestimmungen von Verfassungsänderungen vorgetragen hat: ²⁾ Der Verfassungsgesetzgeber führe die Möglichkeit ein, Zwangsarbeitsverhältnisse zu schaffen; er etabliere mit dem "Gemeinsamen Ausschuß" ein "Superparlament"; der bundesstaatliche Charakter der Bundesrepublik werde auf ein "quasi-Nichts" reduziert und er bereite den Bürgerkrieg vor, weil er den Einsatz der Streitkräfte zu Polizeizwecken ermögliche ³⁾.

Für unsere Problematik interessieren von diesen vier Punkten nur zwei, die Einführung der Zwangsarbeit und die Reduktion der bundesstaatlichen Struktur.

Die Auseinandersetzung mit der Auffassung von Helmut Ridder muß mit den dogmatischen Grundlagen einsetzen, auf die er sich beruft. Horst Ehmke untersucht die Frage, wieweit die Befugnis des Gesetzgebers reicht, die Verfassung zu ändern, wann er an die Grenze stößt, wo die formal korrekte Verfassungsänderung nicht mehr Änderung der Verfassung, sondern Verfassungsdurchbrechung ist. Das entscheidende Moment jeder Verfassungsgebung liegt in dem Vorgang, durch den Integration, Organisation und politische Handlungsfähigkeit für das Ganze gewonnen wird und durch den die Freiheit des Ganzen durch Beschränkung

-
- 1) Helmut Ridder in der 1. Anhörung durch die gemeinsam tagenden Rechts- und Innenausschüsse, Protokoll Nr. 55 des Rechtsausschusses, Protokoll Nr. 71 des Innenausschusses, S. 69-90.
 - 2) Horst Ehmke, Grenze der Verfassungsänderung, Berlin 1953; derselbe, Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, in: AÖR 79, S. 385-418.
 - 3) Helmut Ridder, a. a. O. S. 71.

und Rationalisierung der Macht gesichert wird⁴⁾. Daraus folgt seine Formel für die Grenzen jeder Verfassungsänderung: Sie ist unzulässig, wenn die Funktionsvoraussetzungen für die Demokratie angetastet oder gar beseitigt werden⁵⁾. Das Charakteristikum der demokratischen Staatsform sieht er in der freien Mitgestaltung des politischen und staatlichen Lebens durch die Bürger eines Gemeinwesens und ihrer Gruppen⁶⁾.

Seine Demokratievorstellungen entfaltet Ehmke leider nicht weiter, auch nicht durch Bezugnahme auf andere Autoren. So ist es notwendig, dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes nachzuspüren.

Ähnliche Gedanken, wie Helmut Ridder, äußert Eugen Kogon in einem Aufsatz, dem er den programmatischen Titel gab "Die verhängnisvolle Vorsorge"⁷⁾. Er wirft den einfachen Notstandsgesetzen vor, sie gefährdeten Grundlagen der Demokratie; durch sie werde ein "mildes 1984" etabliert, da es das einzige Ziel dieser Gesetzgebung sei, die Bevölkerung in Befehlsverhältnissen einzuüben. Sie lassen autoritäre Praktiken zur Normalität unseres Lebens werden und demokratische Mitverantwortung werde nur noch in den Reservationen geben, die ihr "unruhige", "mit nichts zufriedene Köpfe", die Widerspenstigen, die sich nicht einordnen lassen, kämpfend zu sichern vermögen. "Wer pariert, wird prämiert"⁸⁾. Dieses düstere Bild unserer Zukunft, von den Lebensbedingungen der Demokratie in unserem Lande zwingt dazu, die Einwirkung der einfachen Notstandsgesetze auf die Grundlagen der Demokratie zu klären.

4) Horst Ehmke, Grenze der Verfassungsänderung, S. 88.

5) Grenze der Verfassungsänderung, S. 135 ff.

6) a. a. O., S. 88.

7) Eugen Kogon, Die verhängnisvolle Vorsorge, in: Der totale Notstandsstaat, S. 3 ff. - Auf die Darstellung der Gesamtkritik an der Politik der Bundesrepublik seit ihrem Bestehen, kann hier verzichtet werden.

8) a. a. O., S. 8.

II. DAS DEMOKRATIEVERSTÄNDNIS DES GRUNDGESETZES

1. Identitätsvorstellungen

Die Forderung, daß die staatliche Willensbildung demokratischen Grundsätzen entsprechen muß, meint, daß sich alle staatliche Machtentfaltung "auf den Willen des Volkes gründen" muß ⁹⁾. Es muß also zumindest der überwiegende Teil der Bevölkerung sein, der zur Mitwirkung am Ganzen berufen ist. Trotz dieses Grundsatzes herrscht in der Praxis jedoch nicht der Wille des Volkes als Ganzem, sondern entscheidend ist der Wille der Mehrheit. In ihm wird gewöhnlich der Wille des Volkes gesehen.

Jean Jacques Rousseau, den man "Vater der modernen Demokratie" genannt hat, erklärt uns das folgendermaßen ¹⁰⁾: Bei der Abstimmung über einen Gesetzesvorschlag fragt sich der Abstimmende nicht, ob er den eingebrachten Vorschlag billige oder verwerfe, sondern ob der Entwurf mit dem allgemeinen Willen (*volonté général*) übereinstimmt. Aus der Bekundung der Mehrheit spricht die *volonté général*. Das Abstimmungsergebnis beweist der Minderheit, daß das, was sie für den allgemeinen Willen hielt, es nicht war ¹¹⁾. Da die Forderung der *volonté général* die von jedem anerkannte, ausschließliche Richtschnur seines Handelns ist, wollte er in Wahrheit den Mehrheitsbeschluß. Durch einen Irrtum hat er ihn verfehlt. Deshalb ist die Meinung der Mehrheit die des Volkes.

Diese Identifikation setzt voraus, daß wirklich jeder das will, was das Gemeine Wohl verlangt. Wie aber kommt es zu dieser Geisteshaltung? Im Anbeginn lebte der Mensch im Naturzustand, beherrscht von den Gewalten der Natur und seinen natürlichen Trieben. Jeder sah nur auf sein Fortkommen, raffte und raubte, wo und was er konnte. Es herrschte der Krieg aller gegen alle.

Als die Auseinandersetzungen so intensiv geworden waren, daß es dem Einzelnen unmöglich wurde, sich auch nur auf einige Zeit zu behaupten ¹²⁾, schlossen die Menschen einen Vertrag, um diesem Krieg ein Ende zu bereiten. Er ent-

9) Maunz-Dürig, Rdn. 30 zu Art. 20 GG.

10) Die folgende Darstellung und Auseinandersetzung orientiert sich an folgenden Darstellungen: Werner Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, in Giacometti-Festschrift, S. 107 ff.; Peter Schneider, Prinzipien des totalitären Staats- und Rechtsdenkens, in: Fragen des Staatsrechts im Ostblock, Bd. 1, S. 5 ff.; Willy Real, J. J. Rousseau, in: Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. 6, Sp. 977 ff.; Julien Freund, Der Grundgedanke der politischen Philosophie von J. J. Rousseau, in: Der Staat 7. Bd. (1968), S. 1 ff.

11) J. J. Rousseau, *Contrat social*, 4. Buch, 2. Kapitel, 8. Abs.

12) *Contrat social*, 1. Buch, 6. Kapitel, 1. und 2. Abs.

hielt nur eine einzige Klausel, nämlich, daß jedes Mitglied mit allen seinen Rechten in der Gemeinschaft aufgeht¹³⁾. Der Einzelne überträgt alles, was er hat, auf die Gesamtheit, jedweden Besitz, den er errafft hatte, und die Vorstellungen, unter denen er bisher lebte. Durch diese "alienation total" wird er untrennbarer Teil des Ganzen und sein Denken und Trachten kennt nur noch ein Ziel, der Gemeinschaft zu nützen.

Der Verlust des einmal erreichten Friedens ist zu befürchten, wenn die Herrschaft der *volonté général* in Frage gestellt wird. Sie regiert die Gemeinschaft, solange die Gemeinschaftsbeschlüsse abstrakt und generell sind und solange das Eigentum gleichmäßig verteilt bleibt¹⁴⁾. Solange entstehen keine Individual- oder Sonderinteressen. Regiert die *volonté général* jedoch, so sind wenig Gesetze notwendig; die wenigen aber werden ohne Diskussion, die ein Zeichen des Verfalls wäre, angenommen. Denn der Antragsteller spricht nur aus, was alle längst gefühlt haben.¹⁵⁾

Diese Funktionsweise der Demokratie liegt dem Grundgesetz nicht zugrunde. Denn es hat eine parlamentarisch, repräsentative Demokratie aufgerichtet, für Rousseau aber heißt Demokratie unmittelbare Demokratie, weil sich der Volkswille nicht repräsentieren läßt.¹⁶⁾ Abgesehen, daß eine ganze Reihe von Organisationsvorschriften des Grundgesetzes vor dem *Contrat social* nicht bestehen können, liegt der wesentliche Unterschied in der Freiheitskonzeption. Persönliche Freiheit kennt Rousseau nur im Naturzustand. Nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages ist jede Opposition gegen den Gemeinwillen mehr als nur ein Irrtum, er ist Mißbrauch, ist Unfreiheit. Es gibt keine Freiheit vom Staat, wie sie das Grundgesetz in den Freiheitsrechten des *status negativus* verbürgt. Freiheit ist Freiheit zur Mitarbeit.¹⁷⁾ Einer Auslegung des Art. 1 GG, die die Würde des Menschen in seiner Entscheidungsfreiheit beschlossen sieht,¹⁸⁾ könnte Rousseau niemals zustimmen.

13) *Contrat social*, 1. Buch, 6. Kapitel, 6. Abs.

14) *Contrat social*, 3. Buch, 4. Kapitel, 5. Abs.

15) *Contrat social*, 4. Buch, 1. Kapitel, Absätze 1 ff.

16) *Contrat social*, 3. Buch, 15. Kapitel, 5. Abs.

17) nach Julien Freund, a. a. O., S. 15 f.; Peter Schneider, a. a. O. S. 12 ff.; Werner Käge, a. a. O., S. 109 f., 115, 119.

18) diese Auslegung vertreten: Josef M. Wintrich, Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG, in: Apelt-Festschr. S. 1 ff.; Maunz-Dürig, Rdn. 17 zu Art. 1 GG.

2. Repräsentative Vorstellungen

Sucht man die Lösung von diesem, dem Rousseau'schen entgegengesetzten Freiheitsbegriff aus, so ist grundsätzlich zu berücksichtigen, daß die Freiheit mißbraucht werden kann, daß auch die Mehrheit irren kann. Dennoch soll der Beschluß der Mehrheit den Willen des Volkes repräsentieren. Es überzeugt nicht, wenn sich das aus der Tatsache ergeben soll, daß jeder das gleiche Stimmengewicht hat.¹⁹⁾ Denn diese Begründung kommt dem Satze bedenklich nahe, daß Macht vor Recht geht. Man nimmt die Mehrheit, weil man hofft, daß sie die Minderheit schon zur Anerkennung des Beschlusses veranlassen kann.²⁰⁾ Daran ändert sich auch nichts, wenn man nicht von der Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung des Beschlusses, sondern von seiner (freiwilligen) Anerkennung ausgeht.²¹⁾

In einem Staate, als dessen wichtigstes Ziel es die Verfassung ansieht, die Gerechtigkeit im staatlichen und staatlich beeinflussten Bereich durchzusetzen, kann nicht die Zahl allein den Ausschlag geben. Die Rechtfertigung liegt allein im demokratischen Willensbildungsprozeß.

Jedermann erhält die Möglichkeit, sich an der staatlichen Willensbildung zu beteiligen, weil man ihm zutraut, an ihr mitarbeiten zu können, etwas beitragen zu können. Jeder hat das Recht und in gewissem Maße die Pflicht, zu den anstehenden Fragen Stellung zu nehmen. So entsteht eine ganze Fülle von Lösungsmöglichkeiten für ein anstehendes Problem. Da nur eine letztlich akzeptiert werden kann, müssen sie sich miteinander auseinandersetzen. Es entsteht eine Diskussion, in der jeder seine Argumente an denen des anderen mißt. In ihr sondern sich die starken von den schwächeren Argumenten und die Zahl der Lösungsvorschläge verringert sich. Im Prinzip müßte dieser Prozeß fortgesetzt werden, bis Einstimmigkeit erreicht ist, was jedoch nicht praktikabel erscheint. Man muß damit rechnen, daß es Starrköpfe gibt, denen das Argument des anderen nichts gilt, oder die nur ganz eng an ihren Vorteil denken. Zum anderen läßt sich manchmal nicht mit letzter Sicherheit sagen, welches das stärkere Argument ist. Das entscheidet erst die politische Entwicklung. So muß man sich mit der Mehrheit begnügen, eventuell eine qualifizierte Mehrheit verlangen, die dann die Vermutung für sich in Anspruch nehmen kann, die

19) so Heinrich v. Treitschke, Politik, 2. Bd., S. 253 f.

20) Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 323.

21) Adolf Schüle, Demokratie als politische Form und Lebensform, in Smend-Festschrift S. 358.

besseren Argumente oder die weniger schlechten Folgen zu haben. 22)

Die innere Haltung, die den Einzelnen befähigt, sich eine eigene Meinung zu bilden, sie im Meinungskampf zu vertreten und sie gegebenenfalls zu korrigieren, kann nicht durch einen Befehl vermittelt werden. Sie entwickelt sich durch die Tradition, Gewohnheit und vor allem durch eine entsprechende Erziehung. 23) Gesichert wird dieser Prozeß durch die Garantie eines Freiheitsbereichs, für den die Meinungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit besonders wichtige Punkte markieren. 24) Sind die notwendigen Grundfreiheiten gesichert, wird der Bürger, gutwillig und vernünftig, wie er im Regelfalle ist, 25) alle seine Kräfte anspannen, damit die Herrschaft, ohne die auch die Demokratie nicht auskommt, zur gemeinsamen Angelegenheit wird.

Diese Demokratievorstellung, die Einzelheiten der organisatorischen Ausgestaltung können ausgeklammert werden, gibt die Vorstellung des Grundgesetzes wieder. Denn sie ermöglicht die Ausgestaltung als repräsentative Demokratie. Das Parlament ist das Diskussionsforum, in dem Meinungen, die sich in der Öffentlichkeit unter Mithilfe der Parteien gebildet haben, endgültig zur Abstimmung gestellt werden, nachdem sie noch einmal in einer Diskussion aufeinandergeprallt sind. Hervorragendes Kennzeichen, daß das Grundgesetz sich für die repräsentative Demokratie ausgesprochen hat, ist die Tatsache, daß es die Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere die Normenkontrolle, eingeführt hat. 26) Sie ist nur denkbar, wenn man nicht davon ausgeht, daß der Beschluß der Mehrheit notwendig, die "richtige" Entscheidung enthält, ein wesentliches Kennzeichen repräsentativer, freiheitlicher Demokratie.

Sie bildet die Grundlage für die Betrachtung des Dienst- und des Sachleistungsrechtes.

-
- 22) H. R. G. Greaves, *The foundations of political theorie* (dt.: *Grundlagen der politischen Theorie*), S. 169; Heinz Laufer, *Die demokratische Ordnung*, S. 98 ff.; Günter Dürig, "Demokratie", in: *HdSW Bd. 9*, S. 748; Werner Kägi, a. a. O., S. 139 f.; Hans Peters "Demokratie", in: *Staatslexikon der Görresgesellschaft*, Bd. 2 Sp. 560 ff. (Sp. 566); Richard Bäumlin, *Demokratie*, in: *Evangelisches Staatslexikon*, Sp. 284; Alexis de Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*, 2. Teil 7. Kapitel (a. a. O., S. 285).
- 23) Adolf Schüle, a. a. O., S. 331.
- 24) auf sie verweist auch Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, S. 104.
- 25) Günter Dürig, *Demokratie*, *HdSW*, Sp. 748, Bd. 9.
- 26) Peter Schneider, *Prinzipien des totalitären Staats- und Rechtsdenkens*, a. a. O. S. 15 f.

3. Einzeluntersuchungen

a) Das Arbeitssicherstellungsgesetz

Helmut Ridder nannte das Arbeitssicherstellungsgesetz eine Grundlage zur Einführung von Zwangsarbeitsverhältnissen und begründete damit seine Sorge für das Fortbestehen der Grundlagen, ohne die die Demokratie nicht arbeitsfähig ist.²⁷⁾ Er kann sich dafür nur auf die Tatsache berufen, daß durch das Gesetz Arbeitsverhältnisse zwangsweise begründet werden können und daß es möglich ist, Arbeitnehmer an einmal von ihnen angenommenen Arbeitsplätzen festzuhalten. Denn die inhaltliche Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse unterscheidet sich nicht von den freiwillig begründeten. So ist insbesondere die Streikfreiheit auch für dienstverpflichtete Arbeitnehmer verfassungsrechtlich garantiert (Art. 9 Abs. 3 GG). Auch für die durch Verpflichtungsbescheid begründeten Arbeitsverhältnisse richten sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten nach dem, was an diesem Arbeitsplatz üblich ist (§ 14 ASiG). So betont denn Ridder auch, daß es ausschlaggebendes Kennzeichen eines freien Arbeitsverhältnisses ist, daß es frei und nicht durch Zwang begründet wird.²⁸⁾

Seiner Wertung kann, wenn man über die Auswirkungen des Arbeitssicherstellungsgesetzes auf die Funktionsfähigkeit der Demokratie nachdenkt, nicht gefolgt werden. Es ist zuzugeben, daß es der zwangsweise an einen Arbeitsplatz Verpflichtete schwerer hat, seinen politischen Vorstellungen bei seinen neuen Arbeitskollegen Gehör zu verschaffen, da man sich gegenseitig noch nicht kennt und er den geeigneten Ansprechpartner schwerer findet. Der Arbeitnehmer kann sich jedoch weiterhin, aus jeder Quelle informieren, an politischen Diskussionen teilnehmen. Er bleibt weiter Mitglied einer Partei, sofern er es zuvor war. Ihm bleibt die Verfügung über seine, auch weiterhin gesetzlich garantierte Freizeit. Ridders These ist demnach nur richtig, wenn man der Überzeugung ist, körperliche Arbeit mache den Menschen unfähig, sich am politischen Leben zu beteiligen.

b) Das Wehrpflichtgesetz

Vor allem der deutschen Armee wurde immer wieder vorgeworfen, daß sie ihre Soldaten im Untertanengeist erziehe, den Ungeist des Militarismus pflege, ein Staat im Staate sei und einen unheilvollen Einfluß auf die politischen Entschlüsse der Staatsführung nehme. Als ein Hort derartiger Tendenzen galt insbesondere die Armee Preußens, von der ein Franzose einmal gesagt hat,

27) Helmut Ridder, Bericht vor dem 1. Hearing, Protokoll S. 72 und 77.

28) a. a. O., S. 77.

es sei kein Staat, der eine Armee habe, sondern eine Armee, die einen Staat besitze.

Eine Charakterisierung dessen, was militaristisches Denken, soldatischen Ungeist ausmacht, verdanken wir Gerhard Ritter.²⁹⁾ Der Militarismus stellt an die Spitze seiner Werthierarchie kämpferische Haltung, ständige Kampfbereitschaft, die Härte gegen sich selbst, die Entschlossenheit jeden Gegensatz bis zum äußersten auszutragen, ohne Rücksicht auf die zerstörerische Wirkung eines Kampfes für materielle und sittliche Werte, und die Bereitschaft, den Gegner mit jeder, aber auch jeder List zu täuschen. Rohe Gewalt löst ihm jedes Problem.³⁰⁾ Sein Ideal ist nicht die Individualität, sondern die Uniformität; denn die Armee ist Kampfgemeinschaft, die ihren Zweck nur erreichen kann, wenn alle ihre Glieder gleichartig handeln. Um eine größtmögliche Schlagkraft zu erreichen, ist sie hierarchisch aufgegliedert und wird es als unnötig hingestellt, daß der Untere eigene Gedanken entwickelt. Der Gehorsam, der blinde Gehorsam, wird als die erste soldatische Tugend gepriesen. So wird Tapferkeit im Ergebnis zum Zeichen geistiger Stumpfheit, nicht seelischer Größe. Solcher soldatischer Ungeist ist sicher eine Gefahr für die Demokratie, vor allem, wenn in diesem Staate die allgemeine Wehrpflicht eingeführt ist.

Die Bundeswehr ist Kampfgemeinschaft und strebt deshalb nach einer gewissen Gleichförmigkeit ihrer Glieder und ist durchzogen von einer klaren Befehls- und Gehorsamsstruktur. Insoweit deckt sich mit dem Bilde einer vom Militarismus geprägten Armee. Ihr Ausbildungsideal ist jedoch ein ganz anderes.

In den Zeiten niedriger Feuergeschwindigkeiten und geringer Treffsicherheit war militärischer Erfolg nur durch festgefügte Einheiten zu erzielen, die durch Drill, der das Denken auszuschalten hatte, zusammengeschweißt wurden.³¹⁾ Denn damals erforderte das Laden eines Gewehres noch einige Dutzend Handgriffe.³²⁾

Schon in den Freiheitskriegen verloren die engen Carrés jedoch ihre Bedeutung. Die modernen Waffen haben das Gefecht auseinandergezogen, es ist nicht mehr eine mechanisch ablaufende Kollektivschlacht, sondern ein dynamisch technisches Gefecht, dessen Situationen so rasch wechseln, daß es nur noch von

29) Gerhard Ritter, Staatskunst und Kriegshandwerk, Bd. 1, Die altpreußische Tradition, S. 17 und 127 f.

30) Mit fast denselben Worten geißelt Benjamin Constant den Geist der Eroberung ("Über die Gewalt", 1. Teil).

31) Robert Knaus, Grundsätze der Erziehung und Auslese, in: Der Deutsche Soldat in der Armee von morgen, S. 294.

32) Graf Baudissin, Soldat in der offenen Gesellschaft, in: Armee gegen den Krieg, S. 293.

der Initiative einzelner Soldaten oder Gruppen getragen werden kann, die die ihnen mitgeteilte Gesamtab sicht auf die sich ständig ändernde Situation zu adaptieren vermögen. Leitbild kann dann nicht mehr der vom Befehl regierte, automatisch agierende "Coujon" sein, sondern nur ein selbständig denkender Mensch, der in der Lage ist, Befehl und Situation ständig von neuem zur Deckung zu bringen. Das ist, wie man dem Handbuch der Inneren Führung entnehmen kann, die eigentliche Wurzel des Ausbildungsideals der Bundeswehr. 33)

Zum zweiten ist ein so ausgebildeter Soldat besser gefeit gegen die psychologische Kriegsführung des Gegners; denn er weiß, wofür er kämpft. Seine Fähigkeit kritisch zu denken, erlaubt es ihm, Wahrheit und Lüge zu scheiden, Lockung und Drohung zu widerstehen. 34)

Auch in der dritten Wurzel des Leitbildes vom Bürger in Uniform zeigt sich die große Konnexität dieses Ideals mit der Vorstellung vom mündigen Bürger. Denn es soll dazu dienen, das überkommene aus patriarchalischen Vorstellungen gespeiste Offiziersethos zu überwinden und neue Umgangsformen innerhalb der Armee zu finden. Maßstab dafür soll die persönliche Autorität und das gediegene Fachwissen sein. 35)

Das Leitbild vom Bürger in Uniform fügt sich so bruchlos in die Ordnung eines demokratischen Staates ein, daß es verdächtigt wurde, nur aus diesem Grunde geschaffen zu sein; die Notwendigkeiten des Kampfes nicht mehr zu sehen. 36) Dem ist aber, wie gezeigt, nicht so.

Wer Verantwortung zu tragen gelernt hat, kann sie auch im zivilen Leben übernehmen. Die Bundeswehr braucht einen beweglichen und kritischen Geist und zerstört ihn deswegen nicht, auch wenn sich die Situation des Soldaten dadurch von der des Bürgers unterscheidet, daß ihm die Leitlinie im Befehl gegeben wird, ihm also das zu erreichende Ziel vorgeschrieben ist. Eine solche Fixierung ist im bürgerlichen Leben unbekannt. Deshalb bleibt eine Spannung zwischen der Stellung des Soldaten und der des Bürgers, die sich auch nicht durch organisatorische Maßnahmen auflösen läßt, 37) die aber zu verhindern vermögen, daß die Kluft zwischen bürgerlichem und militärischem Geist von neuem zur Antithese vertieft wird.

Dafür sorgt etwa der Wehrbeauftragte des Bundestages. Er darf deshalb

33) Handbuch der Inneren Führung (3. Aufl. 1964), S. 21 ff.

34) Handbuch der Inneren Führung, S. 25; Ulrich de Maiziére, Heer im Atomzeitalter, in: Armee gegen den Krieg, S. 240.

35) Handbuch der Inneren Führung, S. 25 ff.; Maunz-Dürig, Rdn. 4 zu Art. 17 a GG.

36) Winfried Martini, Freiheit auf Abruf, S. 283.

37) Gerhard Ritter, Staatskunst und Kriegshandwerk, Bd. 1, S. 17 und passim.

nicht mißdeutet werden als Zeichen des Sieges des Parlaments über die Regierung in dem Streit, über den der preußische Verfassungskonflikt ausbrach. Seine Stellung ist durch das Ansehen gesichert, das er in der öffentlichen Meinung genießt³⁸⁾ und seine Aufgabe wird vom Parlament ernst genommen, wie sich aus den kurzen Zeitspannen ergibt, die zwischen der Erstellung seines Jahresberichtes und seiner Behandlung im Verteidigungsausschuß des Bundestages liegt.³⁹⁾

Militaristischem Ungeist wirkt auch die Tatsache entgegen, daß durch Art. 87 b Abs. 1 GG die Aufgaben der Militärverwaltung in die Hände einer von der Armee unabhängigen zivilen Verwaltung gelegt wurden. Dadurch wird die Armee ständig mit zivilem Geist konfrontiert und der Ausbreitung von Autarkiebestrebungen entgegengewirkt.⁴⁰⁾ Dem gleichen Ziele dient die Zerschlagung der ehemals unter dem Stichwort "Befehls- und Kommandogewalt" zusammengefaßten Machtfülle des Oberbefehlshabers, die Übertragung der Disziplinarmaßnahmen an die Gerichte, die begleitende Kontrolle der Wehrpolitik durch den Verteidigungsausschuß.⁴¹⁾ Innerhalb der Einheiten schuf man die Institutionen der Vertrauensleute, die Aufgaben wahrnehmen, die denen der Betriebs- und Personräte vergleichbar sind.⁴²⁾ Ganz besonders wichtig aber ist die Tatsache, daß dem Soldaten das Gros seiner Grundrechte uneingeschränkt verbleibt,⁴³⁾ insbesondere das so wichtige Grundrecht der Informationsfreiheit.

Die Vereinbarkeit des Ausbildungsideals der Bundeswehr mit dem Menschenbild, das der demokratischen Staatsform zugrunde liegt, kann daher schwerlich gelegnet werden.⁴⁴⁾ Da es durch eine ganze Reihe von rechtlichen Maßnahmen gesichert ist, steht auch zu hoffen, daß sich dieser Zustand nicht ändert.

c) Das Zivilschutzkorpsgesetz

Nach seiner Aufgabe und nach seiner Gliederung steht das Zivilschutzkorps in der Mitte zwischen einer militärischen und einer zivilen Organisation. Seine Aufgabe, die Schadensbekämpfung an Brennpunkten, ist eine typisch zivile, die es an die Seite des Technischen Hilfswerkes, des Roten Kreuzes, und ähnlicher

38) Hartmuth Maurer, Wehrbeauftragter und Parlament, S. 53.

39) Gegen Wido Mosen, Die Dauerkrise des Wehrbeauftragten, in: Atomzeitalter 1966, S. 36 ff.

40) Dazu näheres bei Herbert Reinfried, Die Grundlagen der Bundeswehrverwaltung.

41) Günter Hahnenfeld, Wehrverfassungsrecht, S. 107 ff.

42) Jürgen Schreiber, Der Soldat und das Recht, S. 73 f.

43) Maunz-Dürig, Rdn. 1 zu Art. 17 a GG.

44) Richard Jaeger, Der Staatsbürger in Uniform, in: Festschr. für Apelt, S. 123 f.

Einrichtungen stellt. Auf der anderen Seite ist es wie eine militärische Organisation hierarchisch gegliedert, auf Befehl und Gehorsam aufgebaut und seine Angehörigen sind uniformiert und kaserniert. Es binden sie Pflichten, wie sie auch für Soldaten begründet sind: die Kameradschaftspflicht, die Wahrheitspflicht, die Einschränkung der politischen Betätigung u. ä. m.

Entscheidendes Indiz für den zivilen Charakter dieser Organisation ist die Tatsache, daß der Vertrauensmann, wie auch die Betriebs- und Personalräte, Dienstvereinbarungen - in anderen Bereichen Betriebsvereinbarungen genannt - abzuschließen vermögen, was den Vertrauensleuten der Soldaten versagt ist. Sie haben damit etwa die gleiche Stellung, wie die Vertrauensleute bei dem Bundesgrenzschutz. 45)

Konnten aber schon bei der Bundeswehr keine Bedenken gegen Funktionsfähigkeit des demokratischen Willensbildungsprozesses begründet werden, so gilt dies für die zivilere Organisation des Zivilschutzkorps erst recht.

d) Das Sachleistungsrecht

Auch den wirtschaftslenkenden Maßnahmen des Sachleistungsrechts kann ein antidemokratischer Effekt innewohnen. Denn das dort eingerichtete Instrumentarium kann dazu mißbraucht werden, mißliebige Publikationen zu unterdrücken, indem man sie bei der Zuteilung der Papierkontingente "vergißt". - Den Gesetzen kann aber auch außerhalb der mißbräuchlichen Anwendung, die bei keinem Gesetz ausgeschlossen werden kann, ein antidemokratischer Effekt innewohnen: Wem bei seiner wirtschaftlichen Betätigung auch der kleinste Hand-schlag vorgeschrieben wird, kommt leicht in Gefahr, jedes eigene Denken einzustellen. Er "kaut" im politischen Bereich die Parolen der Regierung wieder.

Bedenkt man diese Gefahren, so gewinnt die Frage eine große Bedeutung, wie die Anwendung dieser Gesetze voraussichtlich aussehen wird, insbesondere wie die zur Lenkung der Wirtschaft notwendige Organisation aussehen wird. Danach entscheidet sich, ob der einzelne Unternehmer oder Betriebsführer zum Befehlsempfänger herabsinkt oder ob es auch hier eine Eigeninitiative fördernde "Auftragstaktik" gibt.

Die Gesetze geben mit ihren abstrakt formulierten Ermächtigungen keine Antwort. Sie lassen sich, da sie auch den äußersten Notfall noch mit einzubeziehen suchen, für eine äußerste Reglementierung in Anspruch nehmen, auch wenn die Ermächtigung zur vorübergehenden Verwaltung der Betriebe durch staatliche Instanzen gestrichen wurde. Ein solcher Zustand läßt sich jedoch auch durch detaillierte Produktionsauflagen erreichen.

45) vgl. das Gesetz über Personalvertretungen im Bundesgrenzschutz vom 16.III.1965 (BGBl. I. S. 68 ff.).

Hier vermag die Tatsache weiterzuhelfen, daß Wirtschaftslenkung kein ideologisches Problem ist,⁴⁶⁾ weshalb auf die Erfahrungen zurückgegriffen werden kann, die während des zweiten Weltkrieges in Deutschland gemacht wurden.⁴⁷⁾ Während dieser Zeit leistete die Wirtschaftslenkung trotz gigantischer Fehlplanungen⁴⁸⁾ erstaunliches.⁴⁹⁾

Schon im Sommer 1940⁵⁰⁾ begann Fritz Todt Produktionsengpässen auf folgende Weise zu begegnen: Betriebe und Betriebsabteilungen gleicher Fertigung wurden unter der Leitung eines anerkannten Industriefachmannes, meist eines Mannes aus dieser Branche, zu einem sog. "Ring" oder "Ausschuß" zusammengeschlossen, der seinen Namen nach dem entsprechenden Produkt (z. B.: "Munitionsausschuß") erhielt. Der Ring erfaßte nicht nur Betriebe der Rüstungsendfertigung, sondern auch die Vor- und Zulieferbetriebe, die zum Teil in Unterausschüssen und Arbeitsgemeinschaften noch einmal gesondert zusammengefaßt wurden.⁵¹⁾ Ein solcher Ring hatte in etwa die folgenden Aufgaben und Rechte:⁵²⁾

- Vergleich der einzelnen Arbeitsweisen, um Bestzeiten zu ermitteln und durchzusetzen, zugleich mit der Absicht, feste Kalkulationsgrundlagen zu schaffen
- Anordnung bestimmter Produktionsverfahren und des Austauschs von Patenten
- Vereinfachung der Herstellungstechnik, vor allem durch Typenrationalisierung

46) Hans Kehrl, Kriegswirtschaft und Rüstungsindustrie, in: Bilanz des Zweiten Weltkrieges, S. 270.

47) Hinweise auf die Methoden deutscher Wirtschaftslenkung im Zweiten Weltkrieg finden sich bei: Alan S. Milward, Die deutsche Kriegswirtschaft 1939-1945, S. 58 und passim; Erich Welter, Falsch und richtig planen, passim; Rolf Wagenführ, Die deutsche Industrie im Kriege 1939-1945, S. 28 ff.; Hans Kehrl, Kriegswirtschaft und Rüstungsindustrie, in: Bilanz des Zweiten Weltkrieges, S. 265 ff.; Ingeborg Esenwein-Rothe, Die Wirtschaftsverbände von 1933-1945, in: Wirtschaftsverbände und Wirtschaftspolitik, S. 129 f.; Johann Sebastian Geer, Der Markt der geschlossenen Nachfrage, S. 152-160.

48) Auf sie verweist insbesondere Erich Welter (Falsch und richtig planen, S. 43) mit seinem Beispiel vom "teuersten Schiff der Welt".

49) Alan S. Milward, Die deutsche Kriegswirtschaft 1939-1945, S. 13.

50) Alan S. Milward, a. a. O., S. 57.

51) nach Alan S. Milward, a. a. O., S. 58 f.

52) nach Robert Wagenführ, Die deutsche Industrie im Kriege 1939-1945, S. 40.

- Beobachtung des Materialeinsatzes je Stück, um die Einsatzmengen zu vermindern

- Ausbau rationeller Beziehungen zur Zulieferindustrie und

- Belegung aller für die Fertigung in Frage kommenden Kapazitäten.

An ein ähnliches System scheint auch heute gedacht zu werden. Denn der Gesetzgeber hat den durchführenden Stellen ein umfassendes Auskunftsrecht eingeräumt und ihnen zugestanden, ein bestimmtes Produktionsverfahren anzuordnen (z. B. §§ 19 Abs. 1, 1. Abs. 1 Ziff. 8 WiSiG).

Die Heranziehungen von Wirtschaftsvereinigungen zur Durchführung des Gesetzes ist ebenfalls vorgesehen (§ 10 WiSiG). Diese letzte Bestimmung dürfte zurückgehen auf einen Brief des Bundesverbandes der deutschen Industrie vom April 1963, in dem u. a. folgendes zu lesen stand: "Die Erfahrungen aus dem letzten Weltkrieg haben gelehrt, das Wirtschaftslenkung... am wirtschaftlichsten und reibungslosesten nur unter Mitarbeit der entsprechenden fachlichen Gliederungen der Wirtschaft betrieben werden kann".⁵³⁾ Dieses Schreiben war der Anstoß zur Aufnahme entsprechender Vorschriften in die Sicherstellungsgesetze.⁵⁴⁾

Der eigentliche Lenkungsvorgang vollzog sich folgendermaßen: Anforderungen, meist kamen sie von der Wehrmacht, mußten zunächst von der politischen Instanz gutgeheißen werden. Sie wurden darauf dem zuständigen Hauptausschuß vorgelegt, der darüber beschloß, wie der Auftrag am besten ausgeführt werde, in welche Einzelaufträge er entsprechend der verfügbaren Kapazitäten aufgeteilt werden müsse. Er teilte den gefundenen Betrieben die notwendigen Rohstoffe zu. Die eigentlichen Lieferungsverträge wurden von der Wehrmacht direkt mit den einzelnen Firmen geschlossen, damit die Bezahlung direkt erfolgen konnte. Die Einhaltung der Lieferfristen überwachte der Hauptausschuß.⁵⁵⁾

Dieses System erlaubte es, den Fachverband der Wirtschaftsführer mit den Bedingungen einer gelenkten Wirtschaft zu verbinden. Dies geschah insbesondere durch die Preisgestaltung. Die Fixierung des Produktionsverfahrens, des Rohstoffansatzes und der anderen Produktionsfaktoren erlaubte es, den Auftrag zu einem Festpreis zu vergeben. Gelang es dem einzelnen Unternehmer, ein rationelleres Produktionsverfahren zu ersinnen, verblieb ihm der Mehrerlös oder die eingesparten Rohstoffe dieses Auftrages und ein angemessener Teil des Anschlußauftrages.⁵⁶⁾ Darin lag sicher ein massiver Anreiz, Eigeninitiative zu entfalten.

53) Zitiert nach Paul Neuhöffer, Die Legende von der demokratischen Notstandsgesetzgebung, in: BfduintPol 1966, S. 394.

54) vgl. BuTagsDrucks. IV 892 und IV 3416.

55) A. S. Milward, a. a. O., S. 58 f.

56) vgl. den Preisbildungserlaß vom 9. 2. 1942, abgedruckt bei Keesing, Archiv der Gegenwart 1942 S. 5394 f.

Es ist zuzugeben, daß der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit mancher Zügel angelegt wurde, daß das System auch weniger wendigen Unternehmern ihre Existenz erhielt und daß optimale Produktionsverfahren zum Allgemeingut eines Wirtschaftszweiges gemacht wurden. Der Schutz der Wirtschaftslenkung dauert jedoch, und darüber muß sich jeder Wirtschaftsführer im klaren sein, nicht länger als der Ausnahmezustand. Er wird also darauf bedacht sein müssen, für das Wiederaufleben des Wettbewerbes vorbereitet zu sein.

Deshalb muß Wirtschaftslenkung und Eigeninitiative kein unversöhnlicher Gegensatz sein. Deshalb läßt sich staatliche Wirtschaftslenkung mit demokratischer Willensbildung vereinbaren. Der Teil, der die wirtschaftlichen Entscheidungen trifft, wird nicht, ja nicht einmal auf Zeit, vollkommen "gleichgeschaltet".

Die einfachen Notstandsgesetze des Sachleistungsbereiches höhlen also die Grundlagen der Demokratie weder nach ihrer Tendenz, noch nach ihrer Wirkung derartig aus, daß sie verfassungswidrig genannt werden können, auch wenn man gewisse Gefahren nicht leugnen kann.

III. DIE BUNDESSTAATLICHE STRUKTUR DER BUNDESREPUBLIK

1. Die Problemstellung

Seine generelle Ablehnung der Notstandsverfassung und der sie ergänzenden einfachen Gesetze begründet Ridder nicht zuletzt auch mit dem Argument, sie reduziere die bundesstaatliche Struktur auf ein "Quasi-Nichts".⁵⁷⁾ Das gilt auch für die einfachen Notstandsgesetze, da eine ganze Reihe von Feststellungswirkungen, Rechte der Länder, an der Gesetzgebung des Bundes mitzuwirken oder jene auszuführen, beschneiden oder gänzlich aufheben.

Das bedeutet, bei dem Verdikt, das Ridder gegenüber der Notstandsverfassung ausgesprochen hat, daß diese Gesetze nichtig sind. Denn sie ändern, so Ridder, das Grundgesetz, ohne den Wortlaut zu ändern (Verstoß gegen Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG), sie haben in ihrer ursprünglichen Fassung keine Zwei-Drittel-Mehrheit im Bundestag gefunden, und diese Verstöße sind nicht einmal heilbar, weil die Garantie der Länderrechte des Art. 79 Abs. 3 GG verletzt ist.⁵⁸⁾ Entscheidend ist der letzte Punkt, denn die Notstandsverfassung ist erlassen, das Grundgesetz also geändert, und die Novellen haben eine über die Zwei-Drittel-

57) Helmut Ridder, während des 1. Hearings des gemeinsam tagenden Rechts- und Innenausschusses des Bundestages (Protokoll S. 71).

58) Helmut Ridder, a. a. O., S. 87.

Grenze hinausgehende Mehrheit gefunden.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß Feststellungswirkungen nur Länderrechte berühren, deren Beseitigung oder Einschränkung im Grundgesetz als Möglichkeit vorgesehen ist (vgl. die Art. 80 Abs. 2; 84 Abs. 1, 2 und 5; 85 Abs. 1 und 2; 87 Abs. 3 Satz 1; 87 b Abs. 2 Satz 1 GG). Formal kann deswegen gegen die Einschränkung gliedstaatlicher Rechte nichts eingewandt werden.

Art. 79 Abs. 3 GG bestimmt, daß jede Änderung des Grundgesetzes - und damit zugleich im Schlusse "a maiore ad minus" auch jedes einfache Gesetz unzulässig ist - durch die der Grundsatz, daß der Bund in Länder gegliedert und diese an der Gesetzgebung des Bundes beteiligt sind, aufgehoben wird.

2. Bundesstaatstheorien

a) Der Bundesstaat als Souveränitätsproblem (Georg Jellinek, Jürgen Harbich)

Die Rechtfertigung der Ridder'schen These hängt davon ab, daß es gelingt, den Minimumstandard zu umgrenzen, den die Verfassung den Ländern garantiert hat. Aus der allgemeinen Definition des Bundesstaates, als einer Verbindung von Staaten, die dadurch ausgezeichnet ist, daß sowohl die Gliedstaaten als der aus ihrer Verbindung hervorgegangene Zentralstaat eigene Staatlichkeit besitzen,⁵⁹⁾ vermag nicht weiterzuhelfen. Denn wenn das Wesen der Staatlichkeit in der Souveränität liegt,⁶⁰⁾ dann ist die Bundesrepublik kein Bundesstaat. Denn Souveränität kommt einem staatlichen Gebilde nicht zu, das nicht die Möglichkeit hat, nicht einmal im Zusammenwirken mit anderen, die Ordnung im Bund zu verändern. Das konnten die Länder im Kaiserreich nicht und das vermögen sie auch nach dem Grundgesetz nicht. Daher ist nur der Zentralstaat souverän und ihm muß kraft seiner Souveränität das Recht zugestanden werden, die Befugnisse der Gliedstaaten aufzusaugen.⁶¹⁾

Mit einem solchen Souveränitätsdogma kann die Bestimmung des Art. 79 Abs. 3 GG nicht mit Leben erfüllt werden.⁶²⁾ Bedeutung erlangt sie auch nicht, wenn man mit Souveränität keine Allmachtsvorstellungen verbindet, sondern sie schon anerkennt, wenn einer Organisation innerhalb eines Staates auch nur ein

59) Definition nach Maunz-Dürig, Rdn. 5 zu Art. 20 GG.

60) so Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 502 ff.

61) Georg Jellinek, a. a. O., S. 783; ähnlich Lefur-Posener, Bundesstaat und Staatenbund, 1. Bd., S. 139.

62) Maunz-Dürig, Rdn. 48 zu Art. 20 GG.

unabgeleitetes Herrschaftsrecht zukommt. ⁶³⁾ Denn das bedeutet umgekehrt, daß die Bestimmung des Art. 79 Abs. 3 GG dann noch nicht verletzt ist, wenn dem Lande auch nur ein derartiges Recht verbleibt, etwa die Verfügung über die Biersteuer. ⁶⁴⁾ Der Autor, der sich dafür einsetzt, sieht die Unhaltbarkeit seines Ergebnisses selbst. Er rettet sich, indem er unterstellt, die Verfassung habe sich für den politischen Bundesstaat ausgesprochen. Daraus leitet er ab, daß den Ländern in jeder der drei klassischen Gewalten Aufgaben zustehen müssen, damit sie nicht als "blutleere Gebilde" erscheinen. ⁶⁵⁾ Die Berechtigung und Notwendigkeit seines zweiten Ansatzes vergißt der Autor aber zu begründen. Durch sie macht er deutlich, daß der erste wohl doch nicht zutreffend ist.

Die zahlreichen Einzelschriften, in denen das Grundgesetz das Problem einer Kompetenzverschiebung zwischen Bund und Ländern angeschnitten hat, zeigen in ihrer sprachlichen Fassung, daß Kompetenzerweiterungen des Bundes als Ausnahmen angesehen werden. Darüber aber, wann nach den Ausnahmeregelungen vorgegangen werden darf, enthält die Verfassung keine allgemeinen Bestimmungen, weshalb das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung darüber in das Ermessen der Bundesorgane gestellt hat. ⁶⁶⁾ Deshalb kann, im Gegensatz zum Memorandum der Deutschen Wissenschaftler zur Notstandsfrage, ⁶⁷⁾ aus dem Ausnahmecharakter der Bestimmungen nichts gefolgert werden.

Die Antwort kann nur gegeben werden, wenn feststeht, welche Funktion das Grundgesetz der bundesstaatlichen Gliederung gegeben hat. Der Minimumstandard ist dann verletzt, wenn den Ländern so viele Kompetenzen entzogen werden, daß sie ihrer Aufgabe nicht mehr gerecht werden können.

b) Der Bundesstaat als Ausdruck landsmannschaftlicher Verschiedenheit

Die ältere, zum Teil heute noch tradierte Lehre ⁶⁸⁾ rechtfertigt den Bundesstaat, weil er auf einer historisch gewordenen, in verschiedenen Dimensionen abgegrenzten, durch ein entsprechendes Sonderbewußtsein gedeckten Eigen-

63) Jürgen Harbich, Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit, S. 13-19; insbesondere S. 16.

64) Jürgen Harbich, a. a. O., S. 120 ff. (S. 122).

65) Jürgen Harbich, a. a. O., S. 120 ff. (S. 125).

66) BVerfG vom 24. 7. 1962, BVerfGE 14, S. 213 ff.; vergleiche auch Albert Ball, Die Errichtung von Bundesoberbehörden, jur. Diss. Mainz 1964, S. 59 ff.

67) wiedergegeben bei Holz - Neuhöffer, Griff nach der Diktatur?, S. 85.

68) in neuerer Zeit vorgetragen von Winfried Martini, Freiheit auf Abruf, S. 172.

existenz der Gliedstaaten beruht. Sie spiegelt sich beispielsweise noch wieder in den Neugliederungskriterien des Art. 29 GG: "landsmannschaftliche Verbundenheit, geschichtliche, kulturelle Zusammenhänge".

Die tatsächlichen Voraussetzungen für diese Lehre mögen auf regionaler Ebene hier und da noch gegeben sein, auf Landesebene jedoch nicht. Bayern, das als einziges Bundesland auch nach dem zweiten Weltkrieg seine historischen Grenzen behauptet hat, umfaßt mehr als eine Landsmannschaft. Auch ist seine lange historische Kontinuität nicht in der Lage, ein bayerisches Nationalgefühl aufrecht zu erhalten.⁶⁹⁾ Völlig unbrauchbar aber ist diese Lehre zur Rechtfertigung der Staaten, die nach dem zweiten Weltkrieg aus den ehemals preußischen Provinzen geschaffen wurden. Ihnen fehlt die Plattform, ihre Existenz auf diesem Wege zu rechtfertigen, nicht zuletzt auch wegen des starken Zustroms von Flüchtlingen. Auf die Hoffnung aber, es werde den Ländern gelingen, ein tragfähiges Staatsgefühl bei ihren Bewohnern zu erwecken,⁷⁰⁾ läßt sich ein so wichtiges Grundprinzip unserer Verfassung nicht gründen.⁷¹⁾

c) Der Bundesstaat als ein Mittel, die Staatlichkeit zu verteidigen
(Arnold Köttgen, Peter Lerche)

Unter dieser Überschrift läßt sich die Bundesstaatstheorie Arnold Köttgens zusammenfassen. Er geht davon aus, daß auch nach dem Grundgesetz Staat und Gesellschaft von einander getrennt sind.⁷²⁾ Die Gesellschaft ist, wie schon bei Hegel, der Raum der individualistischen Interessen, die sich in und über die Verbände Geltung verschaffen. Nach Art. 21 GG wird der Staat von den am Gemeinwohl orientierten Parteien getragen.⁷³⁾ Die Verbände begnügen sich jedoch nicht damit, im gesellschaftlichen Raum zu wirken, sondern sie suchen Einfluß auf die Parteien, die so gezwungen werden, partikulären Interessen

69) Dafür sprechen die häufig zu hörenden Klagen der Heimatverbände, daß die Jugend die Mundart nicht mehr spreche und die alten Sitten (wie: Tracht tragen) nicht mehr pflege.

70) in diesem Sinne Hermann Höcherl, *Wesen und Handhabung des föderalen Prinzips*, in: *Über die Bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik*, S. 3.

71) Winfried Martini, a. a. O., S. 175; Konrad Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, S. 12; derselbe, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, S. 87 f. (mit weiteren Nachweisen).

72) Arnold Köttgen, *Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung*, in: *Göttinger Festgabe für das OLG Celle*, S. 80 und 85.

73) Arnold Köttgen, a. a. O., S. 93.

Raum zu geben. Deshalb steht der Staat, dessen Kennzeichen seine Ausrichtung auf das gemeine Wohl ist, in Gefahr, von partikulären Interessen kolonisiert zu werden.⁷⁴⁾ Der Staat kann gegen diesen Angriff nur auf breitester Front verteidigt werden. Deshalb muß es die Staatlichkeit der Länder geben und die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung.

Es ist deutlich, daß für diese Sinndeutung des Bundesstaates neben der Philosophie Hegels der Gemeinwohlbegriff Rousseaus Pate gestanden hat. Es wurde aber schon im vorigen Kapitel deutlich, daß sich der Inhalt der *volonté générale* nicht in jeder Lage mit Bestimmtheit angeben läßt. Hat aber der Beschluß der Mehrheit nur die Vermutung für sich, dem gemeinen Wohl zu entsprechen, ist es legitim, wenn die Verbände versuchen, Einfluß auf die staatliche Willensbildung zu nehmen. Wenn man aber, den von Arnold Köttgen gemeinten Begriff der *volonté générale* aus seiner Konzeption herausnimmt, verliert sie ihre Grundlage.

Gleiches ist zu sagen, wenn Peter Lerche den Sinn des Föderalismus in der verfahrensmäßigen Disziplinierung politischer Gruppen, in ihrer Homogenisierung erblickt, die sich im Bundesstaat ohne die Härte, die im Einheitsstaat erforderlich ist,⁷⁵⁾ vollziehen kann.⁷⁶⁾ Eine hohe Zahl von "Spielfeldern" erleichtert es ihnen, sich in die Regeln politischer Auseinandersetzungen einzuüben.⁷⁷⁾ Die Verweisung auf Carl Schmitt⁷⁸⁾ und der Begriff der Homogenität macht deutlich, daß Grundlage dieser Vorstellung Rousseaus Begriff von der *volonté générale* ist.

d) Der Bundesstaat als ein System des Gewaltenbalancements
(Montesquieu, Konrad Hesse)

Der Bundesstaat läßt sich also weder durch einen Hinweis auf landsmannschaftliche Verbundenheit noch durch eine Anlehnung an bestimmte Demokratievorstellungen rechtfertigen. Es bleibt der von Konrad Hesse unternommene Versuch, ihm über das Prinzip der Gewaltenteilung Sinn zu verleihen.⁷⁹⁾ Ihm geht es dabei nicht um den von Montesquieu ausgehenden Gedanken vertikaler Gewalt-

74) Arnold Köttgen, a. a. O., S. 94.

75) sie schildert Carl Schmitt (Verfassungslehre S. 376).

76) Peter Lerche, Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, in: VVDStRL, Heft 21, S. 66 ff. (S. 87).

77) Peter Lerche, a. a. O., S. 85 f.

78) vgl. Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 34 f.

79) Konrad Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962.

tenteilung und ihrem Schutzcharakter für den Bürger, ⁸⁰⁾ sondern auf eine Intensivierung horizontaler Gewaltenteilung auf der Bundesebene. ⁸¹⁾ Im Bundesrat bringt sich die Sachnähe und der Sachverstand der Landesexekutive zu Gehör, wodurch sich der Vorsprung an Sachverstand, den die Bundesregierung durch ihren Apparat vor dem Bundestag hat, verkürzt oder gar aufhebt.

Scheuner ⁸²⁾ hat dieser Deutung des Bundesstaates entgegengehalten, daß die Landesbürokratie an keiner Stelle als Verfassungsglied anerkannt ist, und daß sich eine derartige gewaltenbalancierende Funktion auch nicht aus ihrer öffentlichen Aufgabe ableiten läßt. ⁸³⁾ Er übersieht dabei allerdings, daß der Sachverstand, ehe er sich im Bundesrat zu Gehör bringt, durch die politische Instanz der Landesregierung kontrolliert und politisch legalisiert wurde.

Für die Übernahme der Konzeption von Konrad Hesse spricht, daß sie das von Karlheinz Neunreither ausgebreitete Material ⁸⁴⁾ aufarbeitet. Sie baut daher auf einem im tatsächlichen gesicherten Boden auf und läßt sich auch bruchlos in die Gesamtkonzeption des Grundgesetzes einordnen. Sie bedeutet allerdings, daß die Unbekannte "Bundesstaat" durch eine andere Unbekannte - "Gewaltenteilung" - ersetzt wird.

(Die Gewaltenteilung)

Gewaltenteilung läßt sich grundsätzlich in dreifacher Hinsicht ins Blickfeld rücken: Man kann sie als einen Spezialfall der Arbeitsteilung begreifen, mit der Folge, daß sie der Steigerung der Effektivität staatlicher Machtentfaltung dient. Unter diesem Gesichtspunkt heißt Gewaltenteilung, strukturgleiche Aufgaben Organen zuzuweisen, die ihrer Wahrnehmung organisatorisch aufs vollkommenste angepaßt sind. ⁸⁵⁾ Montesquieu betont ihren moderierenden Effekt, der die Freiheit des Bürgers garantieren soll: "Alles wäre verloren, wenn ein und derselbe Mann bzw. die gleiche Körperschaft ... folgende drei Machtvollkommenheiten ausübten, Gesetze erlassen, öffentliche Beschlüsse in die Tat umsetzen,

80) Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, IX. Buch, 6. Kapitel.

81) Konrad Hesse, Bundesstaat, S. 27; derselbe, Grundzüge S. 89.

82) Ulrich Scheuner, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, in: DöV 1962, S. 641 ff.

83) U. Scheuner, a.a.O., S. 646.

84) Karlheinz Neunreither, Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung, S. 31 - 35 und S. 41 f.

85) Peter Schneider, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AÖR 82, S. 2; Klaus Ebke, Bundesstaat und Gewaltenteilung, jur. Diss. Göttingen 1965, S. 4-7; Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 222.

Verbrechen und private Streitfälle aburteilen." ⁸⁶⁾ In der gewaltenbalancierenden und damit moderierenden Funktion wird am häufigsten ihr Sinn gesehen. ⁸⁷⁾ Schließlich ist die Gewaltenteilung noch zu begreifen als eine Möglichkeit, Machtteilhabe und Machtergreifung zu eröffnen und Machtverteidigung zu rechtfertigen. ⁸⁸⁾

In diesem dritten Sinne wird die Gewaltenteilung folgendermaßen entwickelt: Mit dem Kaiser verlor die Exekutive das ihr bis dahin innewohnende eigene Schwergewicht. Zugleich verlor die Legislative ihre Grundlage, die sie in dem in sich homogenen Bürgertum gefunden hatte. Beide wurden die Beute rivalisierender und konkurrierender Gruppen, was notwendig die Grenzlinie zwischen den beiden Staatsfunktionen verwischte. Die Gewaltenteilung zwingt die Gruppenmächte ihre Willensbildung der Funktionsweise und den Formen traditioneller Herrschaftsausübung anzupassen, sie diszipliniert sie und rettet den Staat, der in dem jede Staatlichkeit paralysierenden Spiel der Kräfte unterzugehen droht. ⁸⁹⁾ Sie erlaubt zum zweiten, weil eine Gewalt die andere kontrolliert, eine größere Zahl politischer Gruppen an der Macht zu beteiligen, als dies in einem undifferenzierten Staate möglich wäre. Ein Beispiel ist die Beteiligung des Verteidigungsausschusses an wehrpolitischen Entscheidungen und die Instanz des Wehrbeauftragten. ⁹⁰⁾

Die Verketzerung der Gruppenmächte fanden wir schon in den Ausführungen von Arnold Köttgen. So finden sich im fernerem Text denn auch die gleichen Warnungen vor den partikulären Interessen und ihrer kolonisierenden Wirkung auf den Staat. ⁹¹⁾ Wir können sie aus den gleichen Gründen aus der Diskussion ausklammern, wie dies oben schon geschah. ⁹²⁾

Zwischen der balancierenden und der effektivitätssteigernden Wirkung der Gewaltenteilung darf kein scharfer Trennungsstrich gezogen werden, da sie unlös-

86) Vom Geist der Gesetze IX. Buch, 6. Kapitel (a. a. O., S. 213).

87) P. Schneider, a. a. O., S. 2; K. Ebke, a. a. O., S. 8-13; Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 125 ff., S. 182 ff.; Werner Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, S. 255; Maunz-Dürig, Rdn. 78 zu Art. 20 GG.

88) Werner Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, S. 253-272.

89) Werner Weber, a. a. O., S. 263.

90) Werner Weber, a. a. O., S. 268.

91) Werner Weber, Die Verfassung der Bundesrepublik in der Bewährung, S. 33 f.

92) siehe: S. 39 f.; Der Bundesstaat als ein Mittel, die Staatlichkeit zu verteidigen. In der Ablehnung einig mit P. Schneider, a. a. O., S. 23 f.

lich miteinander verbunden sind. In den Vordergrund ist jedoch der Balancementgedanke zu rücken, da die Verfassung durch sie die Freiheit des Individuums zu schützen beabsichtigt. ⁹³⁾

Wendet man den Balancementgedanken auf unsere Ausgangsfrage an, wann der Minimumstandard der Landesrechte verletzt ist, so lautet die Antwort: Wenn es den Ländern nicht mehr möglich ist, die Macht der Bundesexekutive zu balancieren, weil ihnen die tatsächlichen Voraussetzungen dafür genommen sind. Das gilt es zu prüfen.

Sind die Feststellungen ergangen, ist der Bundesrat aus der Mitwirkung bei der Ausgestaltung der Sicherstellungsgesetze ausgeschlossen. Die Länder können ihren Sachverstand nicht mehr über den Bundesrat zu Gunsten des Einzelnen in die Waagschale werfen. Das ist besonders bedenklich, weil im Notstand ganz besonders tiefe Eingriffe in die Rechte des Bürgers erfolgen und gesetzlich vorbereitet werden. Im Notstand erscheint Kontrolle also besonders notwendig. Diesen Gedanken konsequent fortgedacht, müßte man eine Verstärkung der Exekutivkontrolle im Notstand fordern, die weit über das hinauszugehen hätte, was für normale Zeiten als Kontrollrechte geschaffen ist. So könnte man vorschlagen, daß in dieser Zeit jede Verordnungsgebung unzulässig ist, und daß jede Rechtsnorm vor ihrer Verkündung vom Bundesverfassungsgericht auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft wird. So verstärkt man den Schutz des Bürgers außerordentlich, kommt aber in Konflikt mit dem Ziel jeder notrechtlichen Regelung, der Exekutive außergewöhnliche Vollmachten einzuräumen.

Die Vermehrung der Kontrollen entspringt der Furcht vor der Macht staatlicher Gewalten. Die Sorge fesselt die Macht des Staates so sehr, daß sie aus der Betrachtung auszuseiden scheint; doch kehrt sie durch eine Hintertür machtvoll zurück: Die Macht soll durch formale Mittel begrenzt werden, wodurch es ihr anheim gegeben wird, die materialen Inhalte zu bestimmen. Die Macht bestimmt, was rechtens ist. Aus Furcht vor der Macht des Staates liefern wir uns ihr völlig aus. ⁹⁴⁾

Um dem Rechtsstaat gerecht werden zu können, muß das Verhältnis von Macht und Recht, dialektisch begriffen werden. ⁹⁵⁾ Die entmächtigenden, formalen Prinzipien müssen in Beziehung bleiben zu dem, was materiell möglich ist. Was materiell möglich ist, vermittelt der Grundsatz der Verhältnis-

93) Maunz-Dürig, Rdn. 78 zu Art. 20 GG.

94) Peter Schneider, Über das Verhältnis von Macht und Recht, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz, S. 588 ff.

95) Peter Schneider, Über das Verhältnis von Recht und Macht, a. a. O., S. 597.

mäßigkeit.⁹⁶⁾ Sind im Notstand aber tiefe ja tiefste Eingriffe in die Rechte des Bürgers notwendig und zulässig,⁹⁷⁾ so dürfen formale Sicherungen sie nicht so schwierig machen, daß ihre Vornahme sinnlos wird. Ist zur Bekämpfung des Notstandes eine Machtkonzentration in der Hand der Exekutive notwendig, damit schnell gehandelt werden kann, dann darf das Notwendige nicht verzögert werden, etwa durch die Einschaltung des Bundesrates. Denn sie entmündigt, wo Ermächtigung unerläßlich ist. Deshalb kann von einer Störung des Gewaltengleichgewichts dadurch, daß der Bundesrat von der Mitwirkung an der Verordnungsgebung und dem Erlass von allgemeinen Verwaltungsanordnungen ausgeschlossen ist, nicht gesprochen werden.

Die Eingriffe in die Rechte der Länder, die von der Feststellung ausgelöst werden, verletzen also das Prinzip des Art. 79 Abs. 3 GG nicht. Eine Notstandsregelung kann nicht deswegen als verfassungswidrig abgelehnt werden, weil sie die Rechte der Länder beschneidet, und auf gewissen Gebieten sogar aufhebt.

IV. DAS GEBOT DER RECHTSSTAATLICHKEIT UND DIE VORSORGE FÜR EINEN NOTSTAND

Jede Behandlung von notstandsrechtlichen Regelungen muß zuvor die Frage beantworten, ob die Gebote der Rechtsstaatlichkeit auch für die Zeit außergewöhnlicher Umstände gelten. Denn ist der Notstand das "Ganz-andere", können Gebote der Rechtsstaatlichkeit nicht zur Lösung von Notstandsproblematiken herangezogen werden. Es müßten, wenn überhaupt noch Recht gilt, neue Regelungen nach anderen Grundsätzen als im Normalzustand entwickelt werden.

Was Rechtsstaatlichkeit meint, dafür gibt es auf den Extremen zwei Auffassungen. Die eine sieht in ihm ein streng instrumentales System von im wesentlichen formalen Strukturelementen,⁹⁸⁾ die andere verknüpft die Forderung nach dem Rechtsstaat mit der nach demokratischer Willensbildung.⁹⁹⁾

96) Peter Schneider, Über das Verhältnis von Recht und Macht, a. a. O., S. 598; derselbe, Güterabwägung im freiheitlichen Rechtsstaat, in: *Integritas*, Festschrift für Karl Holzamer, S. 355 ff.; Heinrich Henkels, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 371.

97) Genaueres dazu in dem folgenden Abschnitt.

98) bei Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: *Rechtsstaat im Wandel*, S. 27 ff.

99) z. B. bei Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 75 f.

1. Der instrumentale Rechtsstaatsbegriff Forsthoffs

In einer Auseinandersetzung mit dem Problem des Ausnahmezustandes verfißt Ernst Forsthoff die These, der Rechtsstaat und seine Prinzipien stünden der Bewältigung einer Ausnahmelage notwendig im Wege.¹⁰⁰⁾ Der Rechtsstaat zeichnet sich durch einen hohen Grad von Formalisierung aus, enthält bestimmte feste Strukturelemente, die nur Spezifisches leisten können.¹⁰¹⁾ Durch die Teilung der Aufgaben unter die drei Gewalten, ist er an der Normalität orientiert. Daher kann die Verfassung ihre Funktion nicht mehr erfüllen, wenn die Normallage gestört oder gar beseitigt ist. Seine strenge Formalisierung verhindert, außergewöhnliche Befugnisse zu erteilen, die notwendig sind, der Notlage gerecht zu werden; eine solche Modifikation der Aufgabenverteilung muß ihn zerstören, da das Verhältnis der Strukturelemente zueinander neu geordnet werden müßte, was schwere Störungen auslösen muß.¹⁰²⁾

Deshalb ist eine rechtsstaatliche Notstandsregelung, so muß man ergänzen, unmöglich. Forsthoff will den Staat dennoch nicht untergehen lassen: Der Staat ist nicht nur auf der Verfassung beruhende Rechtsgemeinschaft, die - so muß man hinzufügen - mit der Ausnahmelage nicht fertig werden kann, sondern auch Ordnungseinheit. Als solcher darf er seine Machtmittel einsetzen, um sich gegen Gefahren, die seine Existenz bedrohen, zu verteidigen. Das Heraufkommen eines Notstandes impliziert den Übergang zu einer "kommissarischen Diktatur" der Exekutivspitze. Dieses Umschlagen prägt sich beispielsweise darin aus, daß die Rechtsmittel, die in der Normallage gegen Verwaltungsakte eröffnet sind, im Ausnahmezustand nicht geltend gemacht werden können, allerdings unbeschadet einer abweichenden gesetzlichen Regelung.¹⁰³⁾

Gegen diese Konzeption sind grundsätzliche Bedenken zu erheben: Zum einen sieht der Autor selbst, daß sich seine Vorstellungen nur schwer mit dem Grundgesetz vereinbaren lassen, denn er vermerkt an einer Stelle, "... der Rechtsstaat, in der eigentümlichen Ausprägung, die er durch das Grundgesetz erhalten hat"...¹⁰⁴⁾ Theorien aber, die das vorgegebene Material nicht aufarbeiten, sondern in einer Spannung zu ihm stehen, sind für die Bearbeitung

100) Ernst Forsthoff, "Ausnahmezustand", in: HdSW 1, S. 455 f.

101) Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a. a. O., S. 36 f.

102) in: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a. a. O., S. 36 f.

103) Ernst Forsthoff, "Ausnahmezustand", in: HdSW 1, S. 455.

104) in: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 171; derselbe: Über Maßnahmegesetze, ebendort S. 94.

vorhandenen Materials nicht mehr brauchbar.

Zum anderen sieht Forsthoff den Rechtsstaat allzu mechanistisch; seine Konzeption macht aus ihm eine Maschine, die streng auf bestimmte Arbeitsleistungen hin konzipiert ist. Das liegt neben seiner historischen Grundlegung - zum Ausgangspunkt nimmt er die Gesellschaft des 19. Jahrhunderts - daran, daß ihr der Hobb'sche Freiheitsbegriff zugrunde liegt. Das Individuum nutzt seine Freiheit nie, das Leben im Staate zu fördern, sondern um sich von ihm zu isolieren. ¹⁰⁵⁾ Freiheit verhindert das Aufkommen von Staatsgesinnung oder zerstört sie; sie die die Grundlage jeder Gehorsamsbereitschaft ist. ¹⁰⁶⁾ Freiheit zerstört den Staat. Deshalb werden die Gewaltenteilung, der Gesetzesbegriff, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Prinzipien der Staatlichkeit aufgelöst betrachtet von dem Bereich individueller Freiheit.

Unter einer Verfassung, die schon optisch die Würde des Menschen in den Vordergrund rückt, muß aber von einem materiellen Rechtsstaatsbegriff ausgegangen werden, der allein das Individuum und seine Freiheit in das Zentrum zu rücken in der Lage ist. ¹⁰⁷⁾ Versteht man den Rechtsstaatsbegriff material, so heißt das, daß sich jeder Staatsakt nicht nur auf eine gesetzliche Norm zurückführen lassen muß, sondern daß er sich an dem Gebot der Gerechtigkeit messen lassen muß. ¹⁰⁸⁾ Die Idee der Gerechtigkeit läßt sich im letzten auf das Gemeinwohlprinzip, als umfassendem Grundwert der Sozialordnung zurückführen. ¹⁰⁹⁾ Diesem Prinzip dient man, indem man sich ständig von neuem um einen Ausgleich von Gemeinschafts- und Einzelinteressen bemüht. ¹¹⁰⁾

Peter Schneider hat nachgewiesen, daß für den Vorgang des Wägens nicht von Güterhöhen, Rangfolgen einzelner Rechtsgüter, sondern von Gefährdungsintensitäten auszugehen ist. ¹¹¹⁾ Es ist ein Kennzeichen der Ausnahmesituation, daß in ihr Gemeinwohlüter stärker als in der Normallage gefährdet werden. Das

105) Das politische Problem der Autorität, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 105.

106) in: Haben wir zuviel oder zuwenig Staat?, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 66.

107) Peter Schneider nennt den Forsthoff'schen Rechtsstaatsbegriff eine Chimäre (Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AöR 82, S. 17 ff.); ähnlich: Gerd Roellecke, Der unmögliche Rechtsstaat, in: NpoLit 1966, S. 172 ff.

108) Maunz-Dürig, Rdn. 59 zu Art. 20 GG.

109) Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 371.

110) Heinrich Henkel, a. a. O., S. 375.

111) Peter Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit, S. 120; derselbe, Güterabwägung im freiheitlichen Rechtsstaat, in: Integritas, S. 360.

Gegengewicht zum Ausgleich der Waage bilden tiefere Eingriffe in die Rechte des Individuums. Eine material verstandene Rechtsstaatskonzeption erlaubt es also, im Notstand der Exekutive außerordentliche Vollmachten zu erteilen. Sie zwingt nicht dazu in dem Notstand die Alternative des Rechtsstaates zu sehen, eine Diktatur auf Zeit zu errichten. Im Notstand verändern sich die höchst zulässigen Eingriffstiefen, nicht jedoch die Grundprinzipien, auf denen der Staat gegründet ist.

Forsthoff verknüpft das Recht mit der Normallage, weil er die Funktion des Rechts darin sieht, die staatszerstörende Macht des Individuums zu brechen. Darüber aber, welcher Raum der individuellen Freiheit gelassen werden kann, muß im Notstand neu gesprochen werden. Es entwickelt sich jedoch kein Dialog, sondern die Macht, die sich durch ihre Zugeständnisse an die Freiheit des Individuums bedroht sieht, regelt ihr Verhältnis zum Individuum neu. Die Macht wirft die Fesseln der freiwilligen Selbstbeschränkung ab. Eine grenzenlose Zuständigkeit aber ist nie und nimmer eine Kautel gegen Machtmißbrauch, gegen die Verlockungen der Macht.¹¹²⁾ Damit löst sich das von Forsthoff in seiner Bedeutung so oft hervorgehobene Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung - um nur eine der Strukturelemente des Rechtsstaates zu nennen - auf in eine schöne Floskel.

Exkurs: Rechtsstaat und Kompetenzerweiterungen

Geht man von einem materialen Verständnis des Rechtsstaates aus, läßt sich das oben ausgeklammerte Problem, ob die Kompetenzerweiterung rechtsstaatlichen Geboten widerstreitet, anpacken. Wird durch einen äußeren Angriff, die Existenz des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates gefährdet, rechtfertigt das Maßnahmen zu seinem Schutz. Je intensiver die Gefährdung, desto tiefere Eingriffe in das Recht des Individuums erlaubt sie. Legt man diesen Gedanken zugrunde, können alle Fälle einer Kompetenzerweiterung gerechtfertigt sein, wenn die Gefährdung des Gemeinwohlsgutes "Rechtsstaat" entsprechend intensiv ist. Der Gesetzgeber muß diese äußerste Gefährdung in seine Überlegungen mit einbeziehen und auch dafür Regelungen treffen. Als solche sind alle Kompetenzerweiterungen zulässig.

112) Peter Schneider, Über das Verhältnis von Recht und Macht, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschr. für Leibholz, S. 587.

2. Rechtsstaatlichkeit als eine Forderung eines demokratisch regierten Staates

In der Darstellung von Konrad Hesse wird der Rechtsstaat zur unausweichlichen Voraussetzung, zum notwendigen Fundament demokratischer Willensbildung; Jedes Gemeinwesen braucht, soll es auf die Dauer Bestand haben, einen Grundkonsens der in ihm organisierten Menschen. Er ermöglicht es, daß sie eine alle Spannungen des politischen Tageskampfes überdauernde politische Einheit bilden, ist ihr letzter Integrationspunkt. Der Grundkonsens umfaßt folgende Grundpostulate: die politische Gewalt ist an das Recht gebunden; es gelten Menschenrechte und die staatliche Gewalt ist geteilt. Damit konstituiert der Rechtsstaat die Staatsorgane, garantiert die Kontinuität des Staates über den Wechsel der Regierungen hinaus, rationalisiert das staatliche Leben, weil er dazu zwingt, die Kompetenzgrenzen einzuhalten, und legitimiert Herrschaftsausübung, soweit sie an das Recht gebunden ist. ¹¹³⁾

Man darf Hesse nicht in der Weise mißverstehen, daß durch den Rechtsstaat eine Homogenität in der Basis geschaffen wird, die es erlaubt, wie dies Carl Schmitt durchgeführt hat, ¹¹⁴⁾ Grundlage für Identitätsvorstellungen zu sein. Sie würde die Stellung einnehmen, die die "aliénation totale" bei Jean Jacques Rousseau hat. Denn gegen Identitätsvorstellungen wendet sich Hesse ausdrücklich und entwickelt ein von Repräsentativvorstellungen geprägtes Demokratieverständnis. ¹¹⁵⁾ Insoweit besteht kein Grund, Hesse entgegenzutreten.

Es erscheint jedoch unnötig, Rechtsstaat und Demokratie so eng zu verflechten. Denn es entspricht dies nicht dem überkommenen Verständnis. ¹¹⁶⁾ So war Preußen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sicher nicht vollkommen demokratisch regiert, dafür sorgte schon das erst 1918 abgeschaffte Dreiklassenwahlrecht, und doch konnte es für sich in Anspruch nehmen, ein Rechtsstaat zu sein.

Die Verknüpfung von Rechtsstaat und Demokratie ist zum Verständnis nicht nur unnötig, sondern darüber hinaus auch gefährlich. Denn kann der Rechtsstaat nur durch die Verbindung mit dem Demokratieprinzip verstanden werden, so muß er, der Schluß wird nahegelegt, eine Leerformel sein. Als solche kann er die Macht der Regierenden nicht begrenzen, die Mehrheit nicht in die auch

113) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 74 ff. (S. 75-77).

114) Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 13 ff.

115) K. Hesse, a. a. O., S. 54 und ff.

116) so Hesse selbst, a. a. O., S. 75.

von ihr einzuhaltenden Schranken verweisen oder die Minoritäten schützen. 117) Denn es ist einem inhaltslosen Schlagwort unmöglich, klare Grenzen anzugeben und ihre Beachtung durchzusetzen. Denn, wo sollten sie abgeleitet werden. Die unausweichliche Folge ist, daß nicht mehr das Recht, sondern die Macht der Mehrheit herrscht, die sich auch vor der Veränderung der Prinzipien des Grundkonsenses nicht mehr zu hüten braucht. Trotz der Betonung rechtsstaatlicher Grundsätze ist die Souveränität der Mehrheit nicht begrenzt. Rechtsstaatliche Prinzipien werden zur schönen Fassade, deren sich der Mächtige bedienen kann, wenn er es will. Durch eine übertriebene Betonung der Verbindungslinie von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip kommt der Rechtsstaat in Gefahr zu einer Chimäre zu entarten.

117) Diese Forderungen finden sich bei Hesse, a. a. O., S. 78.

D. NACHPRÜFBARKEIT DER FESTSTELLUNGEN

I. EINLEITUNG

Die Bedeutung der Feststellungen erhellt sich daraus, daß durch sie, wie gezeigt, Ermächtigungen aktualisiert werden, die Gefahren für die physische Existenz der Betroffenen einschließen. Sie verändern das Verhältnis des Bürgers zum Staat; entweder unmittelbar, indem sie der Verwaltung neue Handlungsräume eröffnen, oder mittelbar, indem sie die Staatsorganisation verändern und dadurch rechtsstaatliche Kautelen beseitigen. Bei der überragenden Bedeutung dieser Entscheidung erscheint gerichtlicher Schutz gegen eine fehlerhafte Anwendung unverzichtbar. ¹⁾

Mit der lapidaren Verweisung auf das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG kann das Problem jedoch nicht gelöst werden, weil es um die Frage geht, ob das dort verankerte Kontrollrecht der Gerichte immanente Grenzen kennt. Nach Evers ²⁾ sind die Gerichte nur zur Aufhebung befugt, wenn der Feststellungsbeschluß offensichtlich mißbräuchlich gefaßt worden ist. Für Dürig ³⁾ gibt es keinerlei richterliche Kognitionsbefugnis, da eine politische Entscheidung zu prüfen wäre. Demgegenüber läßt sich nach Konrad Zweigert das Gleichgewicht unter den Gewalten nur wahren, wenn das Bundesverfassungsgericht auch ohne Klageerhebung eingeschaltet wird. ⁴⁾

Allen diesen Autoren geht es letztlich darum, die Kompetenzen der Regierung von den Kontrollrechten der Richter abzugrenzen. Nach überkommener Auffassung gehört die Entscheidung über Krieg und Frieden zu den "Hausgütern" der Regierung, für die sie weder dem Parlament noch den Gerichten Rechenschaft schuldet. Das soll sich nicht zuletzt daraus ergeben, daß es sich um eine Maßnahme der Außenpolitik handelt. Die Gerichte aber sind nur dazu berufen, nach dem Maße des Rechts Konflikte innerhalb des Staatsgebietes zu schlichten. Es kann jedoch nicht genügen, sich auf die Kompetenz zu berufen, die Außenpolitik führen zu dürfen. Denn die Feststellung bleibt nicht ohne Konsequenzen für den Bürger, der die besonderen Lasten nach der Notrechtsordnung zu tragen hat. Es verändert

1) in diesem Sinne v. Mangoldt-Klein, Anm. III 4 d zu Art. 59 a GG.

2) H. U. Evers, Die perfekte Notstandsverfassung, in: AöR 91, S. 208-213.

3) in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdn. 10 zu Art. 59 a GG (die Kommentierung von Herzog zu Art. 115 a GG ist anderer Auffassung).

4) Protokoll des 2. Hearings, S. 96 f.

sich, wie es Carl Schmitt genannt hat, ⁵⁾ die politische Daseinsform des Volkes. Einer solchen Entwicklung aber müssen sich die Gerichte stellen, sobald durch sie Individualrechte in Frage gestellt werden. Nur wenn man diese Auswirkung gänzlich vernachlässigt, ist der Vorwurf gerechtfertigt, die Justiz maße sich eine Entscheidung an, die allein von der Regierung getroffen werden dürfe.

Die Grenzen richterlicher Zuständigkeit lassen sich jedoch nicht aus der Gewaltenteilung ableiten. Bekanntermaßen gelang es bisher nicht, starre Zuständigkeitskataloge für die einzelnen Staatsgewalten zu erarbeiten. In der Staatswirklichkeit durchbrechen nämlich politische Macht und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte die vom Grundprinzip geforderte Aufgabenverteilung.

Wenn die Frage aber nicht abstrakt angegangen werden kann, muß von der konkreten Gestalt unseres Staatsaufbaus ausgegangen werden. Einen brauchbaren Ansatz dürfte insoweit die Frage bieten, wer, unter welchen Voraussetzungen die Feststellungen zum Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen oder verwaltungsgerichtlichen Klage machen kann. Sie gewährleistet, daß die Gewaltenteilung in der Form Einfluß auf die Untersuchung nehmen kann, die sie durch unsere Rechtsordnung erhalten hat.

Auf der anderen Seite hat sich Dürig ⁶⁾ dafür ausgesprochen, die Grenzen richterlicher Entscheidungsbefugnis aus der Qualität des Staatsaktes zu nehmen, um dessen Nachprüfung gerungen wird. Dieser Ausgangspunkt dürfte jedoch verfehlt sein. Seit der Einführung der allgemeinen Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG ist eine abgestufte Rechtsschutzgewährung unzulässig. - Im übrigen baut das System der Staatsakte auf selbständigen Äußerungen des Staatswillens auf; eine solche liegt in der Feststellung jedoch nicht. Ursprünglich war vorgesehen, daß die mit Mobilmachungsmaßnahmen betrauten Behörden selbst darüber befinden, ob ein Krieg droht. Die Sorge, die nachgeordneten Behörden könnten mit einer solchen Entscheidung überfordert sein, sprach für eine Zuständigkeit von Bundesregierung oder Bundestag. Die eigentliche Eingriffsermächtigung, in deren Tatbestand die Kriegsgefahr aufgenommen gewesen war, aber blieb bei den nachgeordneten Instanzen.

5) insbesondere in: Politische Theologie, S. 12; vgl. aber auch Ernst-Rudolf Huber, Reichsgewalt und Staatsgerichtshof, S. 8.

6) Dürig in der Kommentierung des Art. 59 a GG, Rdn. 10, der inzwischen dem Kommentar allerdings entnommen ist.

1. zu den Verwaltungsgerichten

Unser Rechtsschutzsystem baut sich auf folgenden, mit dem Gesetzesbegriff korrespondierenden Gegensatzpaaren auf: abstrakt - konkret, generell - individuell, mit oder ohne Außenwirkung. In der wissenschaftlichen Literatur wird zwar seit langem an diesen Kriterien Kritik geübt, ⁷⁾ insbesondere etwa deshalb, weil zwischen ihnen Maßnahmegesetze keinen Raum haben, ⁸⁾ weil sie im Grunde den Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis ausschließen ⁹⁾ oder weil sie dem konstitutionellen Staatsverständnis entstammten, das mit einem modernen Staatsverständnis nicht mehr harmoniere. ¹⁰⁾

Die damit angeführten Streitfragen sollen jedoch unerörtert bleiben, weil sich diese Arbeit insoweit an der von den Gerichten geübten Praxis orientieren will, die ihrerseits mit den genannten Begriffen arbeitet. Wenn sie Ausnahmen zulassen, betonen die Gerichte regelmäßig, daß sie so Besonderheiten des Prozeßrechts Rechnung tragen, weshalb ihre Ausführungen keinen Rückschluß auf den allgemeinen Rechtssatzbegriff zuließen. ¹¹⁾ Zur Rechtfertigung kann sich die

-
- 7) Etwa deshalb, weil sie keine Aussage darüber machen, was in Gesetzesform geregelt werden muß. So Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, S. 15 ff.; Maunz-Dürig, Rdn. 15 zu Art. 86 GG; für die speziellere Frage der Organisationsgewalt: Konrad Huber, *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz*, S. 90 ff.; weitere Beispiele bei Dietrich Volkmar, *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt*, S. 176-211.
- 8) Hierzu besonders eingehend Konrad Huber, *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz*; vgl. auch Peter Schneider, *Zum Verbot des Einzelpersonengesetzes im Sinne von Art. 19 Abs. 1 GG*, in *Haller-Recktenwald, Finanz- und Geldpolitik im Umbruch*, S. 85 ff.
- 9) dazu insbesondere Ernst Forsthoff, *Lehrbuch*, S. 121.
- 10) Vgl. dazu etwa Herbert Krüger, *Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung*, in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche* (2. Smend-Festschrift), S. 230.
- 11) So etwa das Bundesverfassungsgericht im Urt. vom 19. 7. 1966 (Parteienfinanzierung) E 20, S. 56 (89/90); in früheren Entscheidungen vom 10. 6. 1953, E 2, S. 307 (312/313) und vom 24. 7. 1962, E 14, S. 197 (209). Damit folgt es der noch durchaus herrschenden Lehre: Maunz-Dürig, Rdn. 95 zu Art. 20 GG; Konrad Huber, a. a. O., S. 163; Dieter Volkmar, a. a. O., S. 33 ff.; von den älteren seien genannt: Richard Thoma, *HdDStR II. Bd.*, S. 124; Hans Julius Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 3. Aufl., S. 89 ff.; Max Imboden, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, S. 9; Walter Jellinek, *Gesetz und Verwaltung*, S. 142 ff.

gerichtliche Praxis auf die Artikel 19 Abs. 1, 80, 84 Absatz 2 und 5 und auf 85 Abs. 2 und 3 GG berufen, die ersichtlich auf dem überkommenen Rechtssatzbegriff aufbauen. 12)

Sucht man die Feststellungen mit den genannten Begriffen zu verorten, so ist sinnvollerweise von der Frage nach der Außenwirkung auszugehen. Da sie als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung in belastende Notmaßnahmen eingehen, ist ihre Wirkung nicht auf den sog. Staatsinnenraum¹³⁾ beschränkt. Dennoch kommt ihnen Außenwirkung im herkömmlichen Sinne nicht zu, da nicht die Feststellungen, sondern erst Anwendungsakte den Bürger belasten, wie sich dies schon aus der vom Gesetzgeber gebrauchten Formulierung ergibt. Der Beschluß der Bundesregierung, es sei notwendig, die Verteidigungsbereitschaft der Bundesrepublik beschleunigt herzustellen (§ 1 Abs. 2 BLG), oder der des Bundestags, der Spannungsfall sei eingetreten (Art. 80 a GG), ist - für sich allein betrachtet - zu allgemein, als daß sich aus ihm eine konkrete Verpflichtung für den einzelnen Bürger ergeben könnte.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man die Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 2 BLG betrachtet, die beispielhaft ist, weil sie zum Vorbild für alle späteren Regelungen geworden ist. Der Entwurf der Bundesregierung zur Einfügung des § 5 Abs. 2 BLG hatte die besonderen Befugnisse vom Drohen des Verteidigungsfalles abhängig gemacht. Der Bundesrat befürchtete, daß die (zuständigen) unteren Behörden der Wehrverwaltung nicht zu einer einheitlichen Lagebeurteilung kommen würden, und schlug deshalb vor, die Bundesregierung solle zentral darüber entscheiden, ob der Verteidigungsfall drohe.¹⁴⁾ Bundesregierung und Bundestag griffen diesen Vorschlag auf und legten ihn in § 1 Abs. 2 BLG im Gesetze nieder. Durch die Feststellungen sollten also untere Verwaltungsorgane von einer schwierigen, politisch bedeutsamen Entscheidung entlastet werden, ohne daß ihnen die Aufgabe genommen werden sollte, die Heranziehungsmaßnahmen zu erlassen.

12) Nach Maunz-Dürig, Rdn. 93 ff. zu Art. 20 GG; Rdn. 1 zu Art. 80 GG; Rdn. 32 zu Art. 84 und Rdn. 19 zu Art. 85 GG.

13) In diesem Sinne: Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 126; Ulrich Scheuner, in 1. Smend-Festschrift, S. 278 (mit Vorbehalten); Eyermann-Fröhler-Hofmann, Anm. A I 1 a bb zu § 22 VGG; Anschütz, Kommentar zur WRV, Anm. 6 zu Art. 88 WRV; Eyermann-Fröhler, Rdn. 31 zu § 42 VwGO; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 4; Entscheidungen; BVerwG vom 18.2.1963, DVBl. 1964, S. 401; BayVG vom 18.2.1964, BayVerwBl. 1964, S. 291; BVerfG vom 23.1.1951 in NJW 1952, S. 177.

14) Vgl. die BuTagsDrucks. III 2045, S. 3 (zu § 5 Abs. 2); S. 19 (vor Nr. 1) und S. 23.

Da die Feststellung für sich allein vom Bürger nicht angefochten werden kann, wenn ihr keine Außenwirkung zukommt, sind die übrigen Feststellungstypen darauf zu untersuchen, ob sie gesetzestechisch in gleicher Weise verwandt worden sind. Das liegt für alle Feststellungen nahe, die ihre Wirkung innerhalb der Behördenhierarchie entfalten. Die Verwaltungsvereinfachung und alle anderen Wirkungen, die das Verhältnis des Bundes zu den Ländern verändern, müsse zwar in Gesetzesform ergehen, weil es nur so gelingt, das Verhältnis von freier Regel zur freiheitsbeschränkenden Ausnahme zu sichern,¹⁵⁾ im allgemeinen Gewaltverhältnis erlangen sie jedoch erst im Anwendungsakt Bedeutung.

Unter den Wirkungen, die das Verhältnis des Einzelnen zum Staate ändern, scheinen zwei Fälle einer Einzelbetrachtung wert zu sein. Ist gem. § 36 BLG ein Bereitstellungsbescheid zugestellt worden, so kann nach der Feststellung der Leistungszeitpunkt mitgeteilt werden. Erst durch diesen sog. Vollzugsbescheid entsteht ein unmittelbar verpflichtender und damit anfechtbarer Verwaltungsakt.¹⁶⁾ Es ist also auch insoweit ein besonderer Anwendungsakt erforderlich, weshalb es nur zu einer inzidenten Nachprüfung der Feststellungen kommt.

Etwas anderes gilt auf den ersten Blick für die Verpflichtungsbedingung, weil mit der Feststellung für das Mitglied des Zivilschutzkorps die Pflicht entsteht, sich nach bestimmter Frist an einem bestimmten Orte zu melden. Die Verpflichtung entsteht jedoch nur, weil jener zuvor einen entsprechenden Bescheid erhalten hatte; d. h. nicht die Feststellung, sondern der Bescheid entfaltet diese Wirkung. Die Besonderheit liegt also lediglich darin, daß die übliche Reihenfolge Feststellung Anwendungsakt umgekehrt wird. Des Anwendungsaktes als solchen bedarf es aber dennoch.

Da den Feststellungen unmittelbar keine Außenwirkung zukommt, können sie nicht direkt angefochten werden. Zu einer gerichtlichen Kontrolle wird die Feststellung nur gestellt, wenn der durch sie ausgelöste oder aktualisierte Anwendungsakt angefochten wird.

Es bleibt jedoch noch die Frage, ob der Einzelne wirklich warten muß, bis ein Anwendungsakt gegen ihn erlassen ist, oder ob er unter Berufung auf die Weite der Ermächtigungen, die erwarten lassen, daß auch er in Anspruch genommen

15) Peter Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit, S. 114 f.

16) Auf die Kontroverse, ob der Vollzugsbescheid einen Verwaltungsakt darstellt oder nicht, braucht nicht eingetreten zu werden, weil Einigkeit darüber besteht, daß der Vollzugsbescheid den Rechtsweg erneut eröffnet (Fischler Erl. zu § 36 BLG, in: Das Deutsche Bundesrecht I P 40, S. 48; im Gegensatz zu Bauch-Danckelmann-Kerst, Anm. 4 a zu § 36 BLG).

werden wird, vorbeugenden Rechtsschutz gegen die Feststellungen verlangen kann. Dazu müßte er schlüssig vortragen, daß und in welcher Weise er in Anspruch genommen werden wird und daß er, verwiese man ihn aufs Warten, in eine schlechtere Stellung gedrängt werden würde, ¹⁷⁾ da das Bundesverwaltungsgericht die Gewährung von vorbeugendem Rechtsschutz vom Vorliegen dieser Kriterien abhängig macht. Diese Behauptungen lassen sich jedoch, ehe ein Anwendungsakt ergeht, noch nicht substantiieren.

2. zum Bundesverfassungsgericht

Hans-Ulrich Evers sieht folgende Möglichkeit, die Feststellungen zum Gegenstand eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu machen. ¹⁸⁾ Der Bundestag verabschiedet ein Notgesetz, das gedeckt durch Art. 115 d AE ¹⁹⁾ (heute Art. 115 c GG) Fragen regelt, die an sich nicht zum Aufgabenkatalog des Bundesgesetzgebers gehören. Dagegen klagt ein Land vor dem Bundesverfassungsgericht, weil nach seiner Auffassung das Gesetz nicht erlassen werden durfte, weil die Ausrufung des Verteidigungsfalles weder bei der Beschlußfassung durch den Bundestag, noch bei der Verabschiedung des Gesetzes berechtigt gewesen sei. ²⁰⁾ Auch in diesem Falle wird über die Zulässigkeit der Feststellung "nur" inzident entschieden. Damit eignet sich das Verfahren als Musterprozeß weniger, besteht doch die Möglichkeit, daß der eigentliche Streitpunkt unentschieden bleibt, weil das Gericht den Streit aus einem anderen Gesichtspunkt entscheidet.

Nach der gegenwärtigen Verfassungslage, die Evers noch nicht zu berücksichtigen vermochte, ist ein Weg denkbar, die Feststellungen unmittelbar anzufechten. Der Bundesrat kann gegen einen Beschluß des Bundestages gem. Art. 80 a GG mit der Begründung klagen, der Bundestag habe diesen Beschluß zur Unzeit gefaßt und deshalb unberechtigt in die Mitwirkungsrechte des Bundesrates an der Verordnungsgebung des Bundes oder beim Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften eingegriffen. In einem solchen Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht wäre der Beschluß nach Art. 80 a GG, d. h. eine Feststellung, Streitgegenstand.

17) BVerwG Urt. vom 12.1.1967, BVerwGE 26, S. 23 (25 f.) bzw. NJW 1967, S. 996; ebenso das BVerfG vom 19.12.1951, BVerfGE 1, S. 96 ff. (S. 102 f.).

18) Hans-Ulrich Evers, Die perfekte Notstandsverfassung, in AöR 91, insbesondere S. 210-213.

19) AE = Entwurf einer Notstandsverfassung, wie ihn der Rechtsausschuß des 4. Deutschen Bundestages vorgelegt hatte (BuTagsDrucks. IV 3494).

20) Evers, a. a. O., S. 211.

Gegen Feststellungen, die allein der Bundesregierung übertragen sind, besteht diese Klagemöglichkeit nicht. In diesen Fällen beruht die Feststellungsbefugnis auf einem einfachen Gesetz und kann daher trotz ihrer emminenten politischen Bedeutung nicht als eine verfassungsrechtliche Frage angesehen werden.

III. DIE FESTSTELLUNG, EIN UNBESTIMMTER RECHTSBEGRIFF MIT BEURTEILUNGSSPIELRAUM ?

1. Entwicklung der Arbeitshypothese

Der Umfang richterlicher Kognition hängt auch davon ab, ob der streitige Rechtsbegriff als Tatbestandsmerkmal oder nur als eine Umschreibung eines - zur Rechtsfolgeseite zu zählenden - Ermessens anzusehen ist, weil Tatbestandselemente grundsätzlich vollkommen nachgeprüft werden müssen, ein Ermessen dagegen nur auf Verletzung bestimmter Handlungsgrenzen. Für die in einfachen Gesetzen vorgesehenen Feststellungen läßt sich diese Frage leicht aus dem Gesetz beantworten. So heißt es ausdrücklich in § 1 Abs. 2 BLG, daß bestimmte Befugnisse nur in Anspruch genommen werden dürfen, wenn die Bundesregierung festgestellt hat, daß dies zur beschleunigten Herstellung der Verteidigungsbereitschaft der Bundesrepublik notwendig ist. Das "wenn" ist hier ersichtlich konditional gebraucht, wodurch die Feststellung / Anordnung zur Tatbestandsvoraussetzung gemacht wird.

Stellt gem. Art. 115 a GG der Bundestag fest, daß der Verteidigungsfall eingetreten ist, so könnte dem Wortlaut der Bestimmung entnommen werden, daß die Feststellung allein zur Rechtsfolgeseite zu rechnen ist. Durch diese Auslegung verliert die Bestimmung jedoch jeden materiellen Gehalt; sie sinkt zur Zuständigkeitsnorm herab, deren Bedeutung sich darin erschöpfte, das Zustimmungsrecht des Bundesrates festzulegen. Demnach müßte es diesen beiden Verfassungsorganen völlig frei stehen, wann sie die Feststellungen treffen. Das aber intendierte der Verfassungsgeber nicht, er wollte vielmehr mit dem Inhalt der Feststellungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen sie getroffen werden dürfen.

Somit gehören die Feststellungen in beiden Fällen gerichtlicher Überprüfung zur Tatbestandsseite der Normen. In der Nachprüfung der Rechtsanwendung aber sind die Gerichte grundsätzlich keinen Beschränkungen unterworfen.²¹⁾ Dennoch will Evers den Gerichten nicht mehr als eine Mißbrauchskontrolle erlau-

21) so BVerwG Urt. vom 24. 6. 1954, BVerwGE 1, S. 159 (S. 161); Maunz-Dürig, Rdn. 5 zu Art. 19 IV GG.

ben 22) und Dürig sie gar von jeglicher Nachprüfung ausschließen. 23)

Da aber auch im Notstand die allgemeinen Rechtsgrundsätze weitergelten, 24) kann eine eingeschränkte Kognition nur dann gerechtfertigt werden, wenn die Feststellungen als unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum angesehen werden können.

Für die Untersuchung dieser Frage spielt es keine Rolle, ob sich das Bundesverfassungsgericht mit den Feststellungen befaßt, oder ob sie als Vorfrage einem Verwaltungsgericht vorgelegt werden, da eine Inzidentkontrolle als solche nicht zu einer Begrenzung richterlicher Prüfungsbefugnisse führt.

2. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum und ihre Rechtfertigung

Die Literatur zum unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum ist so umfangreich geworden, 25) daß nicht erwartet werden kann, sie werde in dieser einem anderen Thema gewidmeten Arbeit in allen Einzelheiten Berücksichtigung finden können. Das erscheint auch deshalb weniger sinnvoll, weil eine größere Zahl von Aufsätzen sich jeweils darum bemühte, die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufzuarbeiten. Diese aber zeigt seit einiger Zeit die Tendenz, den Anwendungsbereich dieser Rechtsfigur einzuengen. Diese Arbeiten sind damit zumindest zum Teil überholt.

Das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum 26) entstand, als man das Gebot von der Gebundenheit der Verwaltung an Gesetz und Recht in voller Schärfe durchzuführen begann und streng auf die Trennung von

22) H. U. Evers, Die perfekte Notstandsverfassung, in: AöR 91, S. 209.

23) Dürig in Maunz-Dürig, Rdn. 10 zu Art. 59 a GG.

24) Vgl. dazu Teil F 2 a) dieser Arbeit, unten S. 113 ff.

25) Die Flut von Veröffentlichungen zu diesem Thema ist kaum noch zu überblicken. Die inzwischen, da 1957 veröffentlicht, schon nicht mehr vollständige Übersicht bei Dietrich Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen (AöR Band 82 S. 163 ff., Fußn. 1) umfaßt nicht weniger als 58 Titel.

26) J. H. Wolff (Verwaltungsrecht I § 32 I c 2) setzt sich dafür ein, von einem unbestimmten Gesetzesbegriff zu sprechen, weil sie nur in Normen des positiven Rechts Verwendung finden. Obwohl seine Forderung an sich berechtigt ist, soll an der üblichen Terminologie festgehalten werden.

Tatbestand und Rechtsfolge zu achten begann. Zuvor, in der Zeit der Konstitutionellen Monarchie war die Verwaltung als eine freie Staatstätigkeit aufgefaßt worden, der vorgegeben war, daß sie sich am Staatswohl orientiert, der jedoch nicht vorgeschrieben war, auf welchen Wegen sie versucht, dieser Aufgabe gerecht zu werden. ²⁷⁾ Demgemäß galten unbestimmte Rechtsbegriffe als Ermächtigungen zu freier Gestaltung und wurden dem Bereich des Ermessens zugeordnet, weil dies der Bereich war, in dem sich die Verwaltung trotz des Vorbehalts des Gesetzes frei bewegen durfte. ²⁸⁾

Diese Auffassung stand im Widerspruch zu der politischen Forderung, daß alle Gewalt vom Volke auszugehen habe. Es mußten sich alle Handlungen der Verwaltung auf Befehle des Gesetzgebers zurückführen lassen und so wurde es undenkbar, daß die Verwaltung vom Volkswillen unabhängig arbeitet. Umgekehrt wurde die Verpflichtung des Gesetzgebers ausgesprochen, seine Gesetze so zu fassen, daß die Verwaltung nicht mehr zu tun hatte, als Befehle des Gesetzgebers auszuführen. Aber auch ein Gesetzgeber, der diesem Postulat gerecht werden will, also seine Aufgabe ernst nimmt, kann auf die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht verzichten. Aber weil er seine Aufgabe ernst nimmt, darf der Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe nicht die Unterstellung rechtfertigen, der Gesetzgeber wolle der Verwaltung dennoch eine Blankoermächtigung erteilen. Auch unbestimmte Rechtsbegriffe sind deshalb Tatbestandsvoraussetzungen, die von der Verwaltung eingehalten werden müssen.

Problematisch erscheint allerdings, wie unbestimmte Rechtsbegriffe zu festen Maßstäben gefügt werden können, die eine kontinuierliche Rechtsprechung ermöglichen. Eine Lösungsmöglichkeit weist die Betrachtung des Subsumtionsvorganges auf.

Jede Subsumtion beginnt damit, ²⁹⁾ daß der Richter oder Beamte den eindeutigen Inhalt des im Gesetz gebrauchten Begriffes bestimmt. Er stützt sich auf die bekannten Auslegungsmethoden und fixiert und umschreibt so den Begriffskern. Um diesen liegt jedoch, worauf insbesondere Philipp Heck hingewiesen hat, ein mehr oder minder breiter Begriffshof, von dem auszuloten ist, inwieweit ihn der Gesetzgeber "mitgemeint" hat. Das ermöglicht die Bildung von Fallgruppen, die auf ihre Übereinstimmung mit der Interessenlage des Kernbe-

27) Einen guten Überblick über die Entwicklung gibt Ehmke zu Beginn seiner Schrift "Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", S. 7 ff.

28) In diesem Sinne noch 1954 Günther Redding, Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen, in DöV 1954, S. 365 (367) und Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 36.

29) Das folgende ist an den Ausführungen von Dietrich Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AöR 82, S. 165 ff., orientiert.

reichs untersucht werden. Im Falle der Übereinstimmung lassen sich aus den Ergebnissen Merkmale gewinnen (sog. Mittelbegriffe), die dann die Entscheidung des konkreten Falles ermöglichen.

Bei bestimmten Begriffen gestaltet sich das Verfahren verhältnismäßig einfach, weil der Begriffskern sehr groß ist und so ein sicheres Arbeiten im schmalen Begriffshof zuläßt. Ein unbestimmter Begriff aber ist dadurch ausgezeichnet, daß sein Begriffskern klein, sein Begriffshof dagegen sehr groß ist. Dennoch ist grundsätzlich in gleicher Weise vorzugehen, wenn es auch sehr viel schwieriger sein wird, wegen des geringen Aussagewertes des Begriffskerns zu gesicherten Aussagen zu kommen.

Besteht die Aufgabe darin, empirische Begriffe zu entfalten, wie etwa die Worte "zur Nachtzeit", lassen sich die Ableitungen leicht so weit absichern, daß man keine Bedenken haben muß, sie an die Stelle des im Gesetz gebrauchten Begriffes zu setzen. Geht es hingegen um einen unbestimmten Wertbegriff ("unzüchtig, wichtiger Grund zur Kündigung"), so wohnt den gewonnenen Mittelbegriffen, von Jesch auch beschreibende Tatsachenbegriffe genannt, ³⁰⁾ weniger Überzeugungskraft inne. Das Verfahren ist demgemäß mit noch größerer Umsicht durchzuführen. Dennoch werden sich gesicherte Mittelbegriffe erst durch eine lange Anwendungstradition einstellen, auf die etwa die polizeiliche Generalklausel zurückblicken kann. Eine lange Rechtsprechung der Obergerichte erhärtet den Inhalt unbestimmter Wertbegriffe, läßt gesicherte Anwendungskriterien entstehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das tägliche Leben reiches Anschauungsmaterial zur Kontrolle zur Verfügung stellt. ³¹⁾

Innerhalb der unbestimmten Wertbegriffe gibt es jedoch eine besondere Gruppe, bei der das beschriebene Verfahren versagt, weil es nicht zu generalisierbaren und somit subsumtionsfähigen Mittelbegriffen führt. Es handelt sich um die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum. In ständiger Rechtsprechung ³²⁾ kennt das Bundesverwaltungsgericht drei Fall-

30) Jesch, a. a. O., S. 195.

31) Das Bundesverfassungsgericht bejaht die Möglichkeit ausdrücklich, hypothetische Kausalverläufe zur Auslegung von Rechtsnormen heranzuziehen (E 7 S. 412); daher kann Werner Nigge (Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, jur. Diss., Mainz 1957, insb. S. 29 ff.) nicht Recht gegeben werden, der einen Beurteilungsspielraum dann annehmen wollte, wenn eine Prognose für eine zukünftige Entwicklung gefordert wird.

32) Das Bundesverwaltungsgericht spricht selbst von einer ständigen Rechtsprechung (BVerwGE 17, S. 271).

gruppen, die es unter diesem Oberbegriff zusammenfaßt. ³³⁾ Es sind dies: die Nachprüfung der dienstlichen Beurteilung eines Beamten, der Bewertung von Schülerleistungen, insbesondere im Hinblick auf eine Versetzung, und der Benotung in einem Examen.

Man hat intensiv nach der Gemeinsamkeit gesucht, die diese Fallgruppen untereinander verbindet und zugleich von anderen abgrenzt. Bachof ³⁴⁾ meint, die Besonderheit liege darin, daß das Gericht erkenne, es dürfe seinen Sachverstand nicht an die Stelle dessen setzen, der den zur Nachprüfung gestellten Staatsakt erlassen hat. Wie neuere Entscheidungen beweisen, wird er damit dem Problem nicht gerecht. Das Bundesverwaltungsgericht hatte darüber zu befinden, ³⁵⁾ ob den Begriffen "Eignung zur Jugendgefährdung", ³⁶⁾ "Prädikatswürdigkeit" (eines Spielfilms) ³⁷⁾ oder "Denkmalswürdigkeit eines Bauwerkes" (im Sinne des Denkmalschutzes) ³⁸⁾ ein Beurteilungsspielraum innewohnt. Nach der "Sachverstandsformel" hätte es nicht zögern dürfen, dies zu bejahen. Das Gericht hielt jedoch eine vollkommene Überprüfung für angebracht und begründete dies folgendermaßen: "Im Gegensatz zu den Prüfungen kann bei Filmen die Beurteilung durch den Gutachter einer exakten Kontrolle unterzogen werden. Der Richter kann sich selbst oder unter Hinzuziehung von Sachverständigen von der Qualität des Filmes ein Bild machen und erforderlichenfalls durch Vergleich mit anderen Filmen sich darüber klar werden, welche künstlerischen Maßstäbe bei der Verleihung von Prädikaten angelegt werden dürfen . . ." ³⁹⁾ Gerade für Urteile über künstlerische Leistungen wurde bislang ein besonders hohes Maß von Sachverstand gefordert.

Für Horst Ehmke stellt die Unterscheidung lediglich ein Zweckmäßigkeitsproblem dar, dessen Lösung aus der Intensität des Rechtsschutzbedürfnisses, der

-
- 33) Die Auffassung des Gerichts ergibt sich aus folgenden Entscheidungen: vom 29. 7. 57, E 5, S. 153; vom 27. 2. 59, E 8, S. 192; vom 19. 10. 60, E 11, S. 165; vom 14. 7. 61, E 12, S. 359; vom 13. 12. 63, E 17, S. 267; vom 24. 4. 59, E 8, S. 272; vom 29. 9. 60, E 11, S. 139; vom 23. 1. 61, E 12, S. 20; vom 27. 9. 62, E 15, S. 39; und vom 13. 5. 1965, E 21, S. 127.
- 34) Otto Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in JZ 1955, S. 97-102 (S. 100).
- 35) Besprochen durch Menger-Erichsen, Höchststrichterliche Rechtsprechung, VerwArch 58, S. 72.
- 36) BVerwG Urteil vom 12. 1. 1966, BVerwGE 23, S. 112 ff.
- 37) BVerwG Urteil vom 28. 1. 1966, BVerwGE 23, S. 194 ff.
- 38) BVerwG Urteil vom 22. 4. 1966, BVerwGE 24, S. 60 ff.
- 39) Vgl. BVerwGE 23, S. 200 f., auch abgedruckt in NJW 1966, S. 1288.

allgemeinen Bedeutung der betroffenen Rechte, der Art des konkreten Verwaltungsverhältnisses, dem Gestaltungsauftrag der Verwaltung, der Natur der zur Nachprüfung stehenden Fragen, u. ä. m. gewonnen werden muß.⁴⁰⁾ Diese Kriterien sind jedoch zu unbestimmt, als daß aus ihnen ein fester Merkmalskatalog entwickelt werden könnte.

Das Bundesverwaltungsgericht läßt das Motiv seiner Rechtsprechung in einigen Entscheidungen anklingen.⁴¹⁾ Die Bewertung von Prüfungsleistungen und die Beurteilung eines Beamten erfolge notwendig situationsbedingt, lasse sich nicht mittels einfacher Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter eine gesetzliche Vorschrift gewinnen. Das bedeutet, daß der Tatbestand - im Gegensatz zum Regelfall - seine Elemente nicht abschließend aufzählt, sondern für die besonderen Modalitäten des Einzelfalles offen bleibt. Andere Autoren kennzeichnen dies mit Attributen, wie "persönlichkeitsbedingt"⁴²⁾ oder "situationsbezogen";⁴³⁾ besonders prägnant umschreibt es Jesch, der meint, daß in die Ableitung der Mittelbegriffe "unnennbare Imponderabilien" des Einzelfalles einfließen.⁴⁴⁾

Die Situationsbezogenheit erlaubt es dem Bundesverwaltungsgericht nur dann, die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum zu beanstanden, wenn die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, innerhalb dessen sie sich frei bewegen kann, verkannt hat, oder wenn sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Maßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat.⁴⁵⁾ Darin liegt eine freiwillige Begrenzung seiner Kognition. Denn grundsätzlich besteht die Aufgabe der Gerichte darin, darüber zu wachen, daß das positive Recht richtig angewandt wird, auch wenn dies wegen der Unbestimmtheit der vom Gesetzgeber gebrauchten termini schwierig sein mag. Begrenzt es seine Kognition dennoch, so setzt es sich dem Vorwurf aus, es wolle sich seiner Aufgabe entziehen, da die Entfaltung eines Rechtsbegriffs immer als Rechtsfrage

40) Horst Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht (Recht und Staat, Bd. 230/31).

41) BVerwG Urt. v. 13. 5. 1965, E 21, S. 127 (S. 129); v. 14. 7. 1961, E 12, S. 359 (S. 363); vom 24. 4. 59, E 8, S. 272 (S. 273).

42) Menger-Erichsen, Höchststrichterliche Rechtsprechung, in VerwArch Bd. 58, S. 72.

43) Hugo Kellner, Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, in: NJW 1966, S. 857 (S. 859).

44) D. Jesch, a. a. O., S. 195 f.

45) BVerwG Urt. v. 13. 5. 1965, E 21, S. 127 (S. 130).

anzusehen sei. ⁴⁶⁾ Dieser Vorwurf ist unberechtigt, wenn die Situationsbezogenheit der Entscheidungskriterien so weit reicht, daß sich das Gericht darauf berufen kann, ihm stünden keine allgemeinen Maßstäbe zur Verfügung. Denn es ist Aufgabe der Gerichte, das Recht zu wahren. ⁴⁷⁾ Seinem Wesen nach aber ist die Geltung eines Rechtssatzes auf Dauer angelegt, ⁴⁸⁾ geht von ihm notwendig Orientierungs- und Realisierungssicherheit aus, ⁴⁹⁾ von denen gesprochen werden kann, wenn sie die Entscheidung zukünftiger Fälle festlegen.

Wollte ein Gericht die Beurteilung eines Beamten überprüfen, müßte es alle Arbeiten, die der Beamte im Berichtszeitraum erledigte, durchsehen; es müßte, sofern es dazu in der Lage ist, das fragliche Sachgebiet für eine längere Zeit übernehmen, um die Besonderheiten gerade dieses Arbeitsplatzes kennenzulernen. Um den notwendigen Vergleichsmaßstab zu ermitteln, müßte es die Arbeit und das Arbeitsgebiet von Beamten in vergleichbarer Stellung unter die Lupe nehmen, da eine Beurteilung den Beamten nur daraufhin beurteilt, wie er mit der ihm übertragenen Arbeit im Vergleich zu seinen Kollegen fertig geworden ist. ⁵⁰⁾ Selbst wenn die Richter sich dieser Mühe unterzögen, so bliebe es fraglich, ob ihr Urteil gerechter wäre, weil nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Arbeit im Beurteilungszeitraum doch andersartig war, als zur Zeit der Überprüfung. Die genaue Kenntnis der Vorgänge, die der Beurteilung zu Grunde gelegt werden müssen, wird dem Gericht also letztlich verschlossen bleiben.

Dies ist für die Prüfungssituation noch augenscheinlicher. Es ist nichts Neues, daß man ein und dieselbe Antwort unterschiedlich bewerten kann, je nachdem, wer sie in welchem Zusammenhang gibt und daß jede dieser Bewertungen berechtigt ist. Die Gesamtnote wird zwar aus dem abgeleitet, was der Prüfling in der Prüfung gezeigt hat, er kann dabei jedoch Glück oder Pech gehabt haben; er kann der Nervenanspannung gewachsen gewesen sein oder auch nicht. Alles dies ist nicht insoweit reproduzierbar, daß es ein Gericht seiner Entscheidung zu Grunde legen könnte.

46) Hans-Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 219-221.

47) Peter Schneider gibt diese Umschreibung der Aufgabe der Gerichte (in: Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in AöR 82, S. 1 ff.). Das Bundesverfassungsgericht vertritt in seiner Entscheidung vom 6. 6. 1967 einen anderen Standpunkt, wollte die Frage aber ersichtlich nicht generell entscheiden (E 22, S. 49, insbesondere S. 75 ff.).

48) Peter Schneider, a. a. O., S. 19.

49) Rheinhold Zippelius, Vom Wesen des Rechts, S. 107 und Heinrich Henkels, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 334

50) BVerwG Urt. vom 13. 5. 1965, E 21, S. 127 (130).

Seit einiger Zeit läßt das Bundesverwaltungsgericht keine Gelegenheit verstreichen, darauf hinzuweisen, daß ein Beurteilungsspielraum nur in den genannten drei Fällen anerkannt werden dürfe.⁵¹⁾ Da sich aber alle vom Gesetzgeber gebrauchten Begriffe kontinuierlich zwischen die beiden Extreme auf das äußerste bestimmt / mit Beurteilungsspielraum verteilen lassen, liegt der Vorwurf nahe, die Beschränkung auf die genannten Fallgruppen sei willkürlich. Wohl um dem vorzubeugen, erörtert das Gericht jeweils auch, ob der Gesetzgeber nach dem erkennbaren Sinn der Regelung gerade von der beauftragten Stelle besondere Sachkenntnis erwartet und ob er deswegen die Entscheidung gerade dieser Stelle zugewiesen hat.⁵²⁾ Auf diese Weise verschanzt sich das Gericht (unkontrollierbar) hinter dem von ihm ermittelten Willen des Gesetzgebers. Im übrigen dürfte es sich insoweit um ein Kryptoargument handeln, da es bislang niemals entscheidungserheblich geworden ist. Erstmals tauchte es in der Entscheidung vom 17.1.1962⁵³⁾ auf, wo es als erfüllt angesehen wurde, weil der bayerische Gesetzgeber den Dienststellenleiter bzw. dessen vorgesetzte Behörde damit beauftragt hatte, die Beurteilungen abzufassen. Der Schluß auf eine bestimmte Intention des Gesetzgebers, wie ihn das Bundesverwaltungsgericht gezogen hat, ist in diesem Falle jedoch nicht zwingend. Hinter der gesetzlichen Regelung kann sehr wohl auch die Erwägung gestanden haben, die beste Vergleichsmöglichkeit habe nun einmal der Behördenleiter, weil er alle Aufgabenbereiche überblicke, ohne daß deshalb ausgeschlossen werden sollte, daß im Einzelfall auch ein anderer, wegen seiner größeren Sachnähe, die Entscheidung unterschriftsreif vorbereitet. Im folgenden soll dieser Gesichtspunkt daher nicht mehr berücksichtigt werden.

3. Die Strukturgleichheit von Feststellung und unbestimmtem Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum

Die Feststellungen der einfachen Gesetze wurden in einzelnen Vorschriften gesetzestechisch der Ausrufung des Verteidigungsfalles gleichgestellt, weshalb es möglich sein dürfte, die Situation herauszuarbeiten, in der der Bundestag / die Bundesregierung von diesem Recht Gebrauch machen dürfen. Sollten sich aus dieser Betrachtung feste Maßstäbe ergeben, wann die Feststellungen getroffen werden dürfen und wann sie zu unterbleiben haben, muß die Arbeitshypo-

51) Jüngst wieder in der Entscheidung vom 25.1.1967, abgedruckt in BVerwGE 26, S. 65 ff. (S. 74).

52) Vgl. BVerwG Urteil vom 13.5.1965, BVerwGE 21, S. 127 (S. 130).

53) Bundesverwaltungsgericht in Buchholz, BVerwG 237, 1 Art. 63 BayBG 1946 Nr. 1.

these als widerlegt angesehen werden.

Wie sich aus einer Gesamtschau des Gesetzgebungswerkes ergibt, soll die Verteidigungsbereitschaft im Krisenfall in drei Etappen hergestellt werden. Die erste Stufe markiert die Bundesregierung, wenn sie beschließt, die Verteidigungsbereitschaft müsse beschleunigt hergestellt werden (§ 1 Abs. 2 BLG) bzw. es sei notwendig, die Operationsfreiheit der Truppe zu sichern (§ 83 BLG). Im gleichen Zusammenhang muß auch auf die Anordnung nach § 6 Abs. 5 WPfG hingewiesen werden. Die zweite Phase leitet der Beschluß des Bundestages gem. Art. 80 a GG ein (Spannungsfall). Die letzte Eskalationsstufe vor dem Ausbruch der Feindseligkeiten wird schließlich durch die Erklärung des Verteidigungsfalles (Art. 115 a GG) markiert.

Daraus, daß sich der Übergang vom Frieden zum Krieg in drei Stufen vollzieht, erhellt sich, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, dem Angriff werde ein längerer Spannungszustand vorausgehen, der sich dann dazu nutzen läßt, die Verteidigungsbereitschaft in Stufen herzustellen. Notwendigerweise muß also schon recht früh, d. h. recht lange vor Ausbruch der Kampfhandlungen, mit der Einleitung von Vorbereitungsmaßnahmen begonnen werden. Wie lange dieser Zeitraum dauert, ist nicht genau zu erfahren. Während der "Hearings" vor dem Rechts- / Innenausschuß des Bundestages wurde jedoch für zivile Mobilisierungsmaßnahmen ein Zeitraum von drei Wochen genannt. Bei der hohen Mobilität moderner Armeen dürften die Anzeichen für einen Krieg zu diesem Zeitpunkt fast ausschließlich auf politischem Gebiet liegen. Dementsprechend ist ihr Auswertungswert noch recht unsicher und es läßt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, daß der Gegner keinen Krieg, sondern nur eine politische Erpressung im Sinne hat.

Der Bürger aber hat ein legitimes Interesse daran, erst dann mit Notstandsmaßnahmen belastet zu werden, wenn sich die Gefahr eines Krieges in hohem Maße konkretisiert hat. Deshalb wird es darauf ankommen, Kriterien zu finden, mit deren Hilfe sich erkennen läßt, ob die politische Krise zum Kriege führen wird oder nicht.

Im positiven Recht ist eine Materie nicht geregelt, aus der Schlüsse auf die Antwort der hier gestellten Frage gezogen werden können. Deshalb erscheint es sinnvoll, eine topische Problemdiskussion durchzuführen. Denn die Topik will nicht nur Einblick in das Wesen des Rechts vermitteln, sondern helfen, juristische Probleme zu diskutieren. Sie leitet ihre Berechtigung daraus her, daß es bisher nicht gelungen ist, ein System zu finden, bei dessen Anwendung sich alle juristischen Probleme lösen lassen,⁵⁴⁾ und zieht damit die logische Konsequenz daraus, daß es unmöglich ist, zu sagen, was im letzten das Recht sei.⁵⁵⁾

54) Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 16 f.

55) William Seagle, The Quest of Law (dt.: Weltgeschichte des Rechts, 1958) dt. Ausgabe: S. 13 ff.

Im täglichen Leben löst man eine Frage gewöhnlich auf dem wenig zuverlässigen und noch weniger denkökonomischen Weg, daß man mehr oder minder zufällig aufgegriffene Gesichtspunkte mit dem Problem in Beziehung setzt und sich fragt, was sie zur Lösung beitragen können. Eine genaue Beobachtung von Problemdiskussionen und praktischen Problemlösungen zeigt jedoch, daß der Kreis der Gesichtspunkte, die eine Orientierung lenken, begrenzt ist. Es ist deshalb möglich, sie in Katalogen zusammenzufassen und mit ihrer Hilfe ein neu auftauchendes Problem zu verorten und zu einer praktikablen Lösung zu bringen.⁵⁶⁾ Für die Feststellungen soll auf den Topoi-Katalog zurückgegriffen werden, der sich in dem Lehrbuch von Heinrich Henkel befindet.⁵⁷⁾

Da die Feststellung Reaktion auf drohende Kriegsgefahr ist, richten die sachlogischen Strukturen den Blick auf das militärische Kräfteverhältnis, unter Berücksichtigung der personellen und sachlichen Reserven des Ausbildungs- und Ausrüstungsstandes. Die Moral der eigenen und der fremden Verbände darf ebenso wenig außer Acht gelassen werden, wie Bündnisse und deren Strukturen (automatische Bündnispflicht oder nicht). Eine verantwortliche Regierung wird sich weiterhin fragen, wie sich die Nachbarländer zu einem bewaffneten Konflikt stellen werden und welche Auswirkungen ihre Einstellung auf das Kräftepotential, bzw. auf die Versorgung haben kann; auch dürfen geographische und meteorologische Faktoren nicht vergessen werden.

Das Stichwort Sozialstrukturen fordert dazu auf, die öffentliche Meinung des eigenen Volkes, des Gegners sowie der Nachbarstaaten zu erforschen, um die Auswirkungen auf das militärische Kräfteverhältnis und für eine politische Lösung des Konflikts abzuschätzen. Huldigt das andere Volk einer kämpferischen, revolutionären Ideologie, wird es den Krieg als einen heiligen ansehen und ihn leichteren Herzens beginnen, als ein Volk, dessen Bürger ihr höchstes Glück im "Häuschen mit Garten" sehen (Topos: soziale Wertordnung).

Für den Topos "teleologische Typik" wäre die Tiefe des Interessengegensatzes auszuloten, für den es kein objektives Maß gibt. Man muß sich vielmehr an die Erklärungen der Politiker halten. Denn für Interessen, die als lebenswichtig bezeichnet worden sind, wird es eher zu einem Kriege kommen, als für solche, für das nicht gilt. Aber der Krieg kann auch aus Beutegier von ärmeren gegen reichere Völker entfaltet werden, weil man am Reichtum des anderen teilhaben will, wenn auch dieser Kriegsgrund bei dem hohen Risiko eines modernen Krieges an Bedeutung verloren haben dürfte.

Realfaktoren, die eine kriegsverhindernde Wirkung entfalten können, dürfen nicht unberücksichtigt bleiben. Die Anrufung der Vereinten Nationen kann verhindern, daß vollendete Tatsachen geschaffen werden, oder sie zu Mäßigung

56) Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, S. 18.

57) Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, S. 419-420.

anhalten, weil die Krise vor der Weltöffentlichkeit gerechtfertigt werden muß.⁵⁸⁾ Es mag sein, daß das Gebot der Gerechtigkeit, den Teil, der die Krise "angeheizt" hat, auffordert, die Berechtigung seiner Ansprüche zu überprüfen. In einer Spannungszeit dürfte dieses Petitum jedoch ungehört verhallen, weil jeder Kontrahent für sich davon überzeugt ist, nur seine Forderung sei berechtigt.

Der Topos der Zweckmäßigkeit verweist uns grundsätzlich auf die sachlogischen Strukturen zurück, die bereits betrachtet worden sind. Eigenständige Bedeutung gewinnt er nur, wenn es darum geht, den Beginn der Kampfhandlungen festzulegen.

Aus dem Begriff der Rechtssicherheit läßt sich kein Maß für die Höhe der Kriegsgefahr ableiten. Denn auf die Rechtssicherheit wird immer dann verwiesen, wenn ein eingetretener Zustand nicht verändert werden soll, politische Krisen aber sind in hohem Maße dynamisch. Deshalb läßt sich an einem statischen Moment nicht ablesen, wie weit die Entwicklung vorangeschritten ist. - Die Führung eines Angriffskrieges verbietet das Grundgesetz. Eine Mobilmachung kann ein Gericht aber erst dann als Vorbereitung eines Angriffskrieges achten, wenn es sich davon überzeugen konnte, daß der angebliche Aggressor keinen Krieg plante. Damit setzt Art. 26 GG die Kriterien voraus, nach denen an dieser Stelle gesucht wird.

Die topische Diskussion machte deutlich, daß mit fast jedem Topos Denkansätze offen gelegt werden, die eine Teilantwort für die Frage erlauben, ob es zum Krieg kommen wird. Ein Gericht wird seine Entscheidung daher nur dann leicht finden können, wenn alle Überlegungen in dieselbe Richtung weisen. Es wird vor großen Schwierigkeiten stehen, wenn die Indizien kein einheitliches Bild zeichnen; in diesem Fall ist ein Urteil nur dadurch möglich, daß die einzelnen Argumente gewichtet werden; dafür vermochte die Diskussion keine Ansätze zu liefern, von denen gesagt werden könnte, sie dürften Allgemeingültigkeit beanspruchen, obwohl nicht ausgeschlossen werden soll, daß ein weitblickender Staatsmann im Einzelfall ein Merkmal entscheiden läßt, dessen Bedeutung sich im Nachhinein erweist.

58) Von der sich ständig erneut erweisenden Handlungsunfähigkeit der Vereinten Nationen sei bewußt abgesehen.

4. Aussagekraft der vom Bundesverwaltungsgericht genannten Kontrollgesichtspunkte

Die Vergleichbarkeit kann nicht nur von der Strukturgleichheit, sondern muß auch von der Rechtsfolgeseite aus aufgewiesen werden. Denn läßt sich nicht nachweisen, daß die vom Bundesverwaltungsgericht herausgearbeiteten Fehlanwendungsfälle für die Feststellungen Bedeutung gewinnen können, so dürfte die vorgeschlagene Gleichstellung voreilig empfohlen worden sein. Gewinnen sie keine oder nur zum Teil Bedeutung, so könnte das ein Hinweis darauf sein, daß die Vergleichbarkeit der Struktur ein Berührungspunkt verschiedener Rechtsfiguren darstellt.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum daraufhin nach, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff unzutreffend ausgelegt, ob sie sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens gehalten hat, innerhalb dessen sie sich frei bewegen kann. Hat sie ihn verkannt, ist sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen, hat sie allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sonst sachfremde Erwägungen angestellt, hebt das Gericht die Entscheidung auf.⁵⁹⁾

Die Feststellung als solche ist in so hohem Maße formalisiert, daß kaum zu erwarten steht, der Bundestag oder die Bundesregierung könnten jemals den ihnen gesetzten Rahmen verkennen und eine andere, als die gesetzlich vorgesehene Feststellung treffen. Eine Aufhebung aus diesem Grunde dürfte deshalb wohl kaum jemals praktisch werden.

Es ist jedoch möglich, daß sich die Bundesregierung oder der Bundestag einmal von sachfremden Erwägungen leiten lassen. So könnte man sich etwa vorstellen, daß der Bundestag, der sich vorgenommen hat, das Verkehrswesen neu zu ordnen, diese Vorstellungen aber nicht verwirklichen kann, weil der Bundesrat die notwendige Zustimmung versagt. Um diesem Widerstand auszuweichen, beschließt der Bundestag gem. Art. 80 a GG, der Anwendung des Verkehrssicherstellungsgesetzes zuzustimmen. Die Bundesregierung, froh über die neue Situation, errichtet die notwendigen bundeseigenen Behörden und erläßt die als Gesetzentwurf gescheiterten Regelungen als Verordnungen zu § 1 VSiG. Vor allem, wenn die Bundesregierung nicht einmal den Versuch macht, ihr Vorgehen mit der Existenz einer äußeren Gefahr zu rechtfertigen, hat es ein Gericht, wohl das Bundesverfassungsgericht im Organstreitverfahren, leicht, die Einwirkung sachfremder Erwägungen auf die Entscheidung festzustellen.

Möchte das Gericht vermeiden, durch seinen Spruch allzu sehr in die politischen Auseinandersetzungen hineingezogen zu werden, kann es die Entschei-

⁵⁹⁾ BVerwGE 21, S. 127 (S. 130).

dung auch damit begründen, daß der Bundestag den Begriff des Spannungsfalles falsch ausgelegt und deswegen seine Zustimmung zu Unrecht gegeben habe.

Ging der Bundestag, als er den Eintritt des Spannungsfalles feststellte, von falschen Informationen, also einer unrichtigen Tatsachenlage aus, bestehen keine Bedenken, daß das Gericht diesen Beschluß aufhebt, wenn sich dies herausstellt. Denn macht der Bundestag seinen Beschluß, obwohl er die wahre Sachlage inzwischen erkannt hat, nicht rückgängig, so ist dies der Versuch eines Staatsstreichs von oben. Wenn sich dem ein Gericht entgegenstellt, kann dies nur begrüßt werden.

Schwieriger fällt es dagegen, einen Fall zu konstruieren, indem allgemeingültige Wertmaßstäbe der Verfassung verletzt wurden, worunter in erster Linie die Grundrechte zu verstehen sind. Es ist dies jedoch denk möglich; wenn etwa der Bundestag der Anwendung des Ernährungssicherungsgesetzes zustimmt, einen gleichlautenden Beschluß für das Wirtschaftssicherungsgesetz nicht trifft, obwohl jedermann erkennen kann, daß sich in diesem Wirtschaftsbereich sehr viel schwerwiegendere Probleme stellen. In einem solchen Falle könnte das Gericht den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rügen. - Unter dem Gesichtspunkt der Verkenning allgemeingültiger Wertmaßstäbe darf auch an den Artikel 26 GG erinnert werden, durch den es der Bundesregierung verboten ist, einen Angriffskrieg zu führen, wenn es auch sicherlich schwer sein wird, einen Verstoß im Einzelfalle nachzuweisen.

5. Die These

Die Feststellungen sind ihrer Struktur nach, wie dies durch die Betrachtung der Rechtswidrigkeitsgründe bestätigt wurde, unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum.

IV. DIE FESTSTELLUNGEN IN DER "NON-LIQUET-SITUATION"

1. Die Problemstellung

Im letzten wird durch die These, die Feststellungen seien als unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum anzusehen, die Nachprüfung auf die Abwehr des Formenmißbrauchs beschränkt. Gegner einer gerichtlichen Nachprüfung im Bereich von Letztentscheidungen, wie sie im Vorfeld eines Krieges zu treffen sind, werden dies als äußerstes Zugeständnis an die Gerichte durchgehen lassen.⁶⁰⁾ Das bedeutet, daß in der non-liquet-Situation die Feststellung selbstverständlich vom Gericht nicht aufgehoben werden darf.⁶¹⁾

Für den Einzelnen aber kann eine derartige Rechtsprechung eine außerordentliche Härte mit sich bringen. Man stelle sich etwa vor, ein gutbeschäftigter Bauunternehmer erhalte die Anordnung, einen Teil seines schweren Geräts (gegen Entschädigung) an die Bundeswehr zu übertragen und mit dem verbleibenden eine bestimmte Straßenbaustelle zu übernehmen. Er hält die Maßnahme für überflüssig und rechtswidrig, weil ihm die Stellungnahmen anerkannter Fachleute vorliegen, wonach die Vorgänge, die die Bundesregierung und der Bundestag zum Anlaß genommen haben, lediglich innenpolitische Bedeutung für das andere Land haben, weshalb die Sicherheit der Bundesrepublik nicht gefährdet werde. Das angerufene Gericht ist durchaus bereit, ihm zu folgen, hätte die beklagte Bundesbehörde nicht vorgetragen, es lägen Anzeichen vor, daß sich die Bewegungen der Streitkräfte auch gegen die Sicherheit der Bundesrepublik richteten, wofür einzelne Indizien vorgetragen werden.

Nach den herrschenden Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts müßte das Gericht die Feststellungen aufrechterhalten,⁶²⁾ darf es doch einen Hoheitsakt nur aufheben, wenn der Fehlgebrauch des Beurteilungsspielraums zur Gewißheit des Gerichts nachgewiesen ist. Das Risiko des Prozesses trägt also in weitem Maße der Bürger. Das steht in auffälligem Widerspruch zu dem Verfassungsgrundsatz, wonach durch die Grundrechte eine Ausgangsvermutung zu Gun-

60) In diesem Sinne, worauf an anderer Stelle noch näher einzugehen sein wird, Carl Schmitt, Hüter der Verfassung, a. a. O., S. 95 i. V. m. S. 79.

61) Carl Schmitt, a. a. O., S. 95.

62) Eyermann-Fröhler, Rdn. 7 zu § 86 VwGO; BVerwG vom 18.4.1956 in BVerwGE 3, S. 245, bestätigt durch BVerwGE 3, S. 267 (273) und BVerwGE 5 S. 31 (34). Dieser Grundsatz gilt nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes auch für das Verfassungsrecht (RGZ 138, Anhang S. 1 ff. (37 ff.) "Preußen contra Reich").

sten der Freiheit begründet worden ist. Ihr zufolge müßte der Staat die materielle Beweislast für die Richtigkeit seines Eingriffs tragen und in der "non-liquet-Situation" die Aufhebung seiner Maßnahme hinnehmen. ⁶³⁾

Dieses Postulat ist gerade für die Feststellungen sehr umstritten. Auf die Ansichten von Klein (uneingeschränkte Kognition), Evers (Mißbrauchsaufsicht) und Dürig (gerichtsfreier Hoheitsakt) wurde bereits hingewiesen. Sicherlich läßt sich die überkommene Lehre nicht damit rechtfertigen, daß darauf verwiesen wird, der Staat sei im Notstand gänzlich anders zu strukturieren, und die Prinzipien des Normalzustandes ließen sich daher nicht auf Notmaßnahmen anwenden, ⁶⁴⁾ weil, wie gezeigt, ⁶⁵⁾ rechtsstaatliche Prinzipien gerade auch in Notzeiten Geltung erheischen.

In der Diskussion um den Vorschlag von Konrad Zweigert, das Bundesverfassungsgericht solle automatisch mit den Feststellungen befaßt werden, ⁶⁶⁾ wurden eine Reihe von augenscheinlich brauchbaren Gesichtspunkten vorgetragen: das Gericht werde überfordert, weil es keine Entscheidungsmaßstäbe und keine Informationen zur Verfügung habe; die Effektivität der Mobilmachungsmaßnahmen würden gefährdet; es handle sich um eine politische Frage, die sich ihrer Natur nach gerichtlicher Begutachtung entziehe und es würden die Grenzen der Gewaltenteilung verwischt.

Diese Gesichtspunkte mögen es erlauben, die hier vertretene These in zweifacher Hinsicht zu beleuchten. Sie lassen es nicht ausgeschlossen erscheinen, daß durch sie der Rahmen dessen, was Gerichte zu leisten vermögen, gesprengt wird, daß eine Nachprüfung gänzlich ausgeschlossen werden sollte. Sollte das nicht der Fall sein, so mag diese Untersuchung zumindest einen Anhaltspunkt dafür zu geben, wie in der non-liquet-Situation zu verfahren sein wird.

2. Die Aufrechterhaltung wegen des Zwanges zu einheitlichem Vollzug der Notstandsmaßnahmen?

Alle Verteidigungsanstrengungen, die im Spannungszeitraum verlangt werden, beruhen auf zuvor festgelegten Plänen. Nur wenn diese vollständig in die Praxis umgesetzt werden können, erreichen Bundeswehr und Zivilverteidigung den Bereitschaftsgrad, der ihre optimale Wirksamkeit ermöglicht; dies aber nur, wenn die Maßnahmen fristgerecht durchgeführt werden, weil die späteren die

63) nach Peter Schneider, In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 275 ff.

64) so E. Forsthoff, "Ausnahmestand", in HdSWI, S. 455.

65) siehe oben S. 44 ff.

66) Vgl. die Protokolle des 2. Hearings, S. 96 ff.

früheren Maßnahmen voraussetzen. Erst dann stehen die Menschen und sachlichen Leistungen bereit, die zum Auf- und Ausbau der Einheiten notwendig sind. Werden auch nur kleine Teile aus dem Gesamtwerk herausgenommen, stört das den Ablauf und es besteht die Gefahr, daß die entstehenden Friktionen sich lawinenartig kummulieren und den Erfolg aller Anstrengungen in Frage stellen.

Würde sich ein Gericht für zuständig erklären, die Feststellungen voll nachzuprüfen und höbe es sie, mit welcher Begründung auch immer, zu Unrecht auf, würde es das Gros der Verteidigungsanstrengungen in seinem Gerichtssprengel unterbinden. Vollzogen würden nur noch die Maßnahmen, die Bürger erbringen, die der Meinung des Gerichts nicht folgen oder denen sie nicht zur Kenntnis gekommen ist. Die durch die Entscheidung des höheren Gerichts mögliche Korrektur, kann das Chaos kaum noch verhindern, weil sie dazu im Normalfalle zu spät kommen dürfte, weil bis dahin Wochen ins Land gegangen sein werden. - Beschränkt sich das Gericht dagegen auf die Mißbrauchskontrolle, so werden Aufhebungsfälle selten sein. Dann aber ist das Bedürfnis nach Aufhebung so groß, daß keine Schwierigkeiten entstehen können. - Eine unglückliche Situation könnte bei voller Nachprüfung auch dadurch entstehen, daß erstinstanzliche Gerichte einander widersprechende Entscheidungen erlassen, daß in Stuttgart der Mobilmachungsplan ausnahmslos verwirklicht wird, während in Frankfurt die Aktion ins Stocken geraten ist.

Die aufgezeigten Gefahren zwingen nicht dazu, die Kognitionsbefugnis der Gerichte massiv zu begrenzen oder gar ganz zu leugnen, was klar hervortritt, wenn die ähnliche, durch § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO entstandene Interessenlage zum Vergleich herangezogen wird. Gegen Anordnungen der Vollzugspolizei haben Widerspruch und Klage keine aufschiebende Wirkung, weil der Gesetzgeber davon ausging, die Durchführung sei unaufschiebbar, der Gedanke der Effektivität verdiene Vorrang. Weil jedoch grundsätzlich nichts dafür spricht, einen rechtswidrigen und daher aufzuhebenden Verwaltungsakt ins Werk zu setzen, wenn der Betroffene die Rechtswidrigkeit rügt, hängt die Durchsetzbarkeit davon ab, daß die Maßnahme rechtmäßig ist.⁶⁷⁾ Im Rechtsstaat kann, dies entspricht für § 80 Abs. 5 VwGO der vollkommen einhelligen Meinung, der Gedanke der Effektivität nur solange absolute Geltung erheischen, als nicht feststeht, daß die durchzuführende Maßnahme rechtswidrig ist. Rechtsstaatliche Prinzipien aber gelten, wie oben bereits nachgewiesen wurde, auch für die Zeit des Notstandes.

67) so z. B. Eyermann-Fröhler, Rdn. 14 zu § 80 VwGO; vgl. auch Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 221.

3. Entziehen sich die Feststellungen als politische Entscheidungen richterlicher Nachprüfung?

Wird von einer politischen Entscheidung gesprochen, so fällt, wenn der Bezug zur Verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung hergestellt wird, nahezu notwendig zugleich auch der andere Begriff, der Begriff des Regierungsaktes. Da für diesen jedoch kein einheitlicher Sprachgebrauch besteht, sind einige Bemerkungen zur Begriffsklärung voranzuschieken: Den Begriff kennt und behandelt die deutsche Verwaltungsrechtslehre seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, seit sie ihn aus der französischen Dogmatik übernommen hat. Ursprünglich lag sein Kennzeichen darin, daß er von jeglicher gerichtlicher Überprüfung ausgenommen sein sollte, selbst dann, wenn er im Gewande eines Verwaltungsaktes ergangen sein sollte. Diese Benennung erschien einigen zu eng, da nicht nur die Regierung derartige Akte erläßt, weshalb diese von gerichtsfreien Hoheitsakten sprechen.

Im Laufe der Diskussion hat der Regierungsaktsbegriff jedoch auch einen neuen Inhalt erhalten, da die Forderung erhoben wird, der Regierungsakt solle einer Kontrolle nach Ermessensgrundsätzen unterworfen werden.

Noch in anderer Hinsicht erschwert ein unkorrekter Sprachgebrauch den Überblick über diese Materie. Zum Teil werden zu den Regierungsakten auch Hoheitsakte gezählt, für die ein Rechtsweg deshalb nicht eröffnet ist, weil Rechtswegklauseln zu eng gefaßt sind.⁶⁸⁾ Seit Einführung des Artikels 19 Abs. 4 GG dürfte dieser Ausgestaltung jedoch keine Bedeutung mehr zukommen.

Wegen des formellen Hauptgrundrechts wurde der Regierungsakt schon mehrfach für tot erklärt. Leider gehen die Verfechter dieser Auffassung jedoch von einer sehr engen Sicht aus, indem sie insbesondere auf die Entwicklung im Dritten Reich Bezug nehmen, legen sie sich nur die Frage vor, ob es trotz des Art. 19 Abs. 4 GG Verwaltungsakte gebe, die wegen ihres hochpolitischen Charakters der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte entzogen seien. Leider machen sie sich die Antwort sehr leicht, indem sie entweder die Existenz derartig hochpolitischer Verwaltungsakte schlechthin leugnen⁶⁹⁾ oder sprechen sich dafür aus, daß die Existenz der Generalklausel es verbiete, die Kategorie "Regie-

68) Darauf verweist insbesondere Charles Eisenmann, Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht, in: JöR n.F. 3, S. 1 ff. (S. 3).

69) so z. B.: Klaus Obermayer, Der gerichtsfreie Hoheitsakt und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, in: BayVerwBl. 1955, S. 176.

ungsakt" anzuerkennen. ⁷⁰⁾ Die Bezugnahme auf die Verfassung rechtfertigt jedoch das Ergebnis nicht, da es immerhin möglich ist, daß auch diese Generalklausel immanente Grenzen aufweist. Dies kommt insbesondere dann ins Blickfeld, wenn der Frage nachgegangen wird, ob ein derartiger politisch gefärbter Hoheitsakt als Vorfrage im Rechtsstreit um einen Verwaltungsakt justiziabel ist und in welchen Grenzen. Mit ihr haben sich lediglich van Husen ⁷¹⁾ und Obermayer ⁷²⁾ befaßt. Letzterer greift ein von Loening ⁷³⁾ in die wissenschaftliche Diskussion eingeführtes Beispiel auf, und erklärt, das Problem sei durch das positive Recht gelöst, weil der Verfassungsgeber dem Bundesrat in Art. 90 Abs. 2 Satz 2 GG das Recht eingeräumt hat, die Anordnung der Bundesregierung jederzeit aufzuheben. Darin liege zugleich die Entscheidung, daß jegliche gerichtliche Prüfung ausgeschlossen sein soll. ⁷⁴⁾ Es läßt sich jedoch nicht von der Hand weisen, daß die politische Kontrolle nur neben die richterliche treten soll, wie dies bei der Konkurrenz von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen und richterlichem/staatsanwaltlichem Ermittlungsverfahren bekannt ist. ⁷⁵⁾ Die Entstehungsgeschichte schweigt zu dieser Frage. ⁷⁶⁾

70) Karl August Bettermann: Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, in MDR 1949, S. 398; Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 25; Jürgen Redelberger, Die Verfassungsbeschwerde, in: NJW 1953, S. 362; Walter Jellinek, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, in: DRZ 1948, S. 269; vgl. dazu aber auch seinen Diskussionsbeitrag in VVDStRL, Heft 8, S. 160 (vorsichtige Anerkennung des Begriffs); Hans Lechner, Anm. 2 b bb zu § 90 BVerfGG; Friedrich Sieveking, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Grund der VO Nr. 141 und 165 der britischen Militärregierung, in MDR 1948, S. 315 ff. (S. 316);

Hans Jürgen Schlochhauer, Fragen der Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in AöR 79, S. 185 ff. (191 f.).

71) Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gerichtsfreie Hoheitsakte?, in DVBl. 1953, S. 70 ff.

72) Der gerichtsfreie Hoheitsakt und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, in BayVerwBl. 1955, S. 129 und 173 ff.

73) Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl. 1951, S. 233 (238).

74) Obermayer, a.a.O., S. 174.

75) Maunz-Dürig, Rdn. 62 zu Art. 44 GG.

76) Vgl. JöR n.F. Band 1, S. 661 (zu Art. 91 GG).

Auch van Husen schaltet das Problem letztlich auf eine formale Weise aus: da politische Akte keine Verwaltungsakte seien und Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg nur gegen verwaltungsrechtliches, nicht aber gegen verfassungsrechtliches Handeln eröffnet, seien Regierungsakte nicht justiziabel. Da zudem jeder staatliche Hoheitsakt solange Geltung beanspruchen könnte, als er nicht (Nichtigkeit ausgenommen) auf dem vorgesehenen Rechtsweg beseitigt wurde,⁷⁷⁾ müsse ihn der Einzelne hinnehmen. - Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit dürfte diese Argumentation überholt haben.

Trotz des Artikels 19 Abs. 4 GG ist es also durchaus möglich, daß es die Kategorie Regierungsakt noch gibt. So gibt es denn auch eine ganze Reihe von Autoren, die sich in diesem Sinne geäußert haben. Ihre Begründungen lassen sich auf zwei Grundpositionen zurückführen: nach der einen soll sich die Justizfreiheit aus der Besonderheit der Regierungsfunktion ableiten lassen, nach der anderen ergibt sie sich, wenn die Eigentümlichkeit politischen Handelns herausgearbeitet wird. Zwischen ihnen steht H. J. Wolff,⁷⁸⁾ der beide Ansätze miteinander zu verschmelzen sucht.

a) Die Regierungsfunktion

Walter Jellinek⁷⁹⁾ meinte, die Besonderheit regierender Staatstätigkeit aus ihrem Gegenpart der verwaltenden ableiten zu können; Verwalten als Abschwächung des edleren Wortes "walten" meint Handeln innerhalb vorgegebener Grenzen, auf Ziele hin, die von anderen gesetzt wurden. Regieren hieße somit, Aufweisen von neuen Zielen, von neuen Handlungswegen und -möglichkeiten. So alternativ können jedoch Regierung und Verwaltung einander nicht gegenüber gestellt werden, da es als eine Binsenwahrheit angesehen werden kann, daß die Verwaltung immer auch gestaltende Züge trägt,⁸⁰⁾ weshalb der Unterschied nur ein gradueller sein kann. Graduelle Unterschiede lassen sich jedoch nur dann verschiedenen Bereichen zuordnen, wenn es gelingt, die Grenze durch eine klare Definition zu markieren. Trotz zahlreicher Bemühungen fehlt eine solche bislang: die Definition der Regierung als Staatstätigkeit, die das

77) van Husen, Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gerichtsfreie Hoheitsakte?, in: DVBl. 1953, S. 70 ff. (S. 71).

78) Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht I, § 46 III b 2 bb, S. 254 (Regierungsrechtshandlungen).

79) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, a. a. O., S. 3 und 4; ähnlich auch Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 4 und 5.

80) so Ernst Forsthoff, Verwaltungsrecht I § 1 S. 3; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I § 2 II c, S. 12.

öffentliche Leben im ganzen und in seinen Teilen gestaltet, ⁸¹⁾ hilft insbesondere wegen der Einbeziehung von "Teilbereichen" des öffentlichen Lebens nicht weiter.

Mehrfach wurde versucht, die Funktion der Regierung aus der Aufgabenzuweisung im gewaltenteilenden Staat herauszuschälen.

So meint Ernst Forsthoff, man müsse die Frage von der Rechtsprechung her angehen, und man werde dann erkennen, daß es Staatsakte gebe, über deren Form und Motive vernünftigerweise kein Gericht vom Staate Aufklärung verlangen kann. ⁸²⁾ Es ist jedoch nicht einzusehen, warum ein Gericht nicht Aufklärung begehren kann, wenn die Entscheidung auf rationalen Gründen beruht, die es demgemäß auch überprüfen kann. -

Auf ein Subtraktionsverfahren vertraut Mohrs. ⁸³⁾ Er begreift die Regierung als diejenige Staatstätigkeit, die nicht Rechtsetzung, nicht Verwaltung oder Rechtsprechung ist. Rechtsetzung setzt er gleich mit den Aufgaben der 1. Gewalt; die Rechtsprechung wird umschrieben als Streitentscheidung (einschließlich der Rechtskontrolle), womit sich diese Bereiche leicht ausklammern lassen. Die Verwaltung erscheint ihm als eine an das Recht gebundene, gestaltende Tätigkeit. So muß die Regierung als eine schöpferische Gestaltung außerhalb des Rechts begriffen werden. - Es wäre somit die Freiheit von rechtlicher Bindung das entscheidende Kriterium der Regierungstätigkeit. Durch diese Definition wurde jedoch nicht viel gewonnen, weil nicht klargestellt wird, was Recht in seinem Kerne denn eigentlich sei.

Wie sich aus einem bei Hans Schneider ⁸⁴⁾ gebildeten Beispiel ableiten läßt, führt ein subtraktives Verfahren nur dann zu einem Ziel, wenn der Fall so gewählt wird, daß vorgegebene Prämissen bestätigt werden. So soll es beispielsweise nicht möglich sein, daß das Bundesverfassungsgericht eine Richtlinie der Politik, die der Bundeskanzler aufgestellt hat, ⁸⁵⁾ auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit untersucht. Ein solches Verfahren sei verfassungswidrig, weil das Gericht Politik betreibe, den Boden seiner Zuständigkeiten verlasse. Ihm seien für diese Frage keine Maßstäbe vorgegeben. Präzisiert und dramati-

81) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I § 18 I b 3, S. 64; gegen diese Definition wendet sich Anton Graf Schwerin von Krosigk, nochmals: Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DöV 1956, S. 691.

82) Ernst Forsthoff, Verwaltungsrecht I § 25 2, S. 467.

83) Werner Mohrs, Der gerichtsfreie Hoheitsakt im Rechtsstaat, jur. Diss., Mainz 1953, S. 53 f.

84) Hans Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S. 41.

85) Andeutungsweise ist diese Fallgestaltung schon bei Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, a. a. O., S. 76, behandelt.

siert man jedoch den genannten Fall, indem man unterstellt, ein Bundeskanzler erhebe die physische Vernichtung eines Volkes bzw. eines Volkstums zur Richtlinie seiner Politik, so wird niemand zögern, eine Kognitionsbefugnis bzw. sogar die Notwendigkeit einer gerichtlichen Überprüfung und Aufhebung zu bejahen. Es ist also durchaus nicht so, daß es im politischen Raum keinerlei Ermessensgrenzen gibt, deren Verletzung gerichtlich festgestellt werden könnte. -

Auch vom Boden der reinen Rechtslehre aus, ⁸⁶⁾ kommt das Problem, ob der Regierungsakt anfechtbar ist, letztlich über die staatliche Zuständigkeitsordnung ins Blickfeld. Wenn die Aufgabe der Regierung darin liegt, inhaltlich kaum faßbare Ermächtigungen zu konkretisieren, kann das Gericht nur einschreiten, wenn sie die ihr gezogenen Ermessensgrenzen ⁸⁷⁾ überschritten hat. Die Zahl dieser Grenzen, gegen die mit den Feststellungen verstoßen werden kann, ist gering. ⁸⁸⁾

Auf eine allgemeine Wertordnung kann sich das erkennende Gericht nicht berufen, da es eine solche in einer sozial zerklüfteten Gesellschaft nicht gibt, ⁸⁹⁾ womit zugleich die Berufung auf die Grundrechte in einem bestimmten (materialen) Verständnis ausgeschlossen wird. Wegen der kategorialen Scheidung von Sein und Sollen muß es dem Gericht auch verwehrt werden, sich auf soziologische Gegebenheiten oder Gesetzmäßigkeiten zu berufen. ⁹⁰⁾ Es bleibt im Grunde nur Art. 26 GG, das Verbot des Angriffskrieges, durch das allen Verfassungsorganen verboten wird, durch eigene Handlungen die Krise zu einem kriegesischen Höhepunkt zu treiben. Da jedoch jede Notstandsmaßnahme sowohl krisenverschärfend, wie deeskalierend wirken kann - je nachdem, welche Schlüsse der Gegner aus ihr zieht - und da es ein anerkanntes Motiv darstellt, die Existenz der Bundesrepublik sichern zu wollen, ist dieser Verfassungsgrundsatz außerordentlich unscharf.

86) Die Darstellung orientiert sich, da es eine Stellungnahme von Hans Kelsen selbst nicht gibt, an der Schrift "Über den Umfang der gerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber Rechtshandlungen des Regierungsbereichs in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes" von Helmut Lenz, jur. Diss., Marburg 1957.

87) Als solche nennt Helmut Lenz (a. a. O., S. 79-82): den Grundrechtskatalog, das Demokratieprinzip, das Wiedervereinigungsgebot, das Sozialstaatsprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, die Sicherung der Existenz der Bundesrepublik, die europäische Integration, das Streben nach einem kollektiven Sicherheitssystem, die Transformation von Völkerrecht und das Verbot des Angriffskrieges, nicht aber das Bundesstaatsprinzip.

88) Lenz, a. a. O., S. 82.

89) Lenz, a. a. O., S. 116-117.

90) Lenz, a. a. O., S. 54.

Mißachtet das Gericht das aus der Unschärfe der Maßstäbe fließende Entscheidungsverbot, indem es aus ihnen einen positiven Rechtssatz mit präjudiziel-
ler Wirkung ⁹¹⁾ ableitet, würde es das Volk entmündigen, von dem allein legi-
time Gewalt ausgehen kann (Art. 20 GG). Das Gericht müßte entweder jede
Autorität verlieren, es in Kauf nehmen, daß seine Sprüche fortan ungehört ver-
hallen, oder es errichtete unter Bruch der Verfassung die Herrschaft der Richter.
Trotz der Rechtswegklauseln kann es diesem Dilemma ausweichen, da ihm die
Kompetenz-Kompetenz zukommt, wie weit es seine Kognitionsbefugnis ausdeh-
nen will. ⁹²⁾

Insbesondere gegen diesen Kunstkniff der Kompetenz-Kompetenz der Ge-
richte muß Kritik angemeldet werden. Es darf nicht zugelassen werden, daß der
Exekutive aus Furcht vor der Macht der Gerichte freie Hand gelassen wird. Die
zweite Gewalt aber ist, da alle Verfassungsgrundsätze im Ergebnis als zu unscharf
abqualifiziert werden, vollkommen frei, wie sie entscheidet. Welche Anord-
nung sie trifft, hängt letztlich nur noch davon ab, was sie glaubt, durchsetzen
zu können. Das Recht wird der Macht preisgegeben. ⁹³⁾

Da die Regierung die Spitze der zweiten Gewalt im Staate ist, kann ver-
sucht werden, ihre Funktion von der organisatorischen Seite aus ins Blickfeld zu
bringen, eine Aufgabe, der sich Franz Meyer im Anschluß an Walter Burckhard
unterzogen hat. ⁹⁴⁾ Jener begreift den Staat als eine Organisation im Rechtssin-
ne, deren Besonderheit gegenüber Organisationen, die Gegenstand naturwissen-
schaftlicher Betrachtung sind, darin liegt, daß sie nicht vom Prinzip der Kausali-
tät, sondern dem des Sollens zusammengehalten werden. ⁹⁵⁾ Daher ist alleini-
ges Ziel des Staates die Rechtsordnung; die staatlichen Funktionen gehören da-
mit entweder der Rechtsetzung oder der Rechtsanwendung an.

Die Rechtsetzung orientiert sich an der Gerechtigkeit; die Verfassung ver-
traut sie einem besonderen, nur zu diesem Zwecke bestellten Organ an. ⁹⁶⁾

Als Sollensordnung kann die Rechtsordnung nur gelten, wenn Staatsorgane
geschaffen werden, die Verletzungen feststellen, und für die zwangsweise Durch-
setzung des Rechtes sorgen. ⁹⁷⁾ Damit ist die Aufgabe der Rechtsanwendung um-

91) Lenz, a. a. O., S. 83-84.

92) Lenz, a. a. O., S. 170.

93) dazu näheres bei Peter Schneider, Über das Verhältnis von Recht und
Macht, a. a. O., S. 589.

94) Franz Meyer, Der Begriff der Regierung im Rechtsstaat, jur. Diss., Zürich
1947; Walter Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl.,
Zürich 1943.

95) Burckhardt, a. a. O., S. 123 ff. (125).

96) a. a. O., S. 232.

97) a. a. O., S. 128.

schrieben. Verstöße gegen die Rechtsordnung erfolgen unabhängig davon, wie weitgehend das Recht den Geboten der Gerechtigkeit entspricht, weshalb der Durchsetzungsapparat sich lediglich am Prinzip der Macht orientiert. ⁹⁸⁾ Zur Rechtsanwendung zählen sämtliche Staatsfunktionen, die herkömmlich der zweiten oder der dritten Gewalt zugeordnet werden. Die Aufteilung der Aufgaben zwischen diesen beiden, wird von Burckhardt denn auch als eine rein technische Frage bezeichnet. ⁹⁹⁾ Im Gegensatz zur Gesetzgebung ist die zweite Gewalt hierarchisch strukturiert. Das findet seine Begründung darin, daß die Rechtsanwendung - im strikten Gegensatz zur abstrakten Rechtsetzung - die einen einmaligen Vorgang darstellt, als ein mehrstufiger Konkretisierungsvorgang ablaufen kann. ¹⁰⁰⁾ Die Spitze der zweiten Gewalt muß es demgemäß mit besonders abstrakten Normen zu tun haben; ihr ist für die Konkretisierung ein besonders weites Ermessen eingeräumt. ¹⁰¹⁾

Vom Boden des Grundgesetzes aus lassen sich gegen diese Vorstellungen erhebliche Bedenken vortragen, insbesondere deshalb, weil die Verfassung die rechtsprechende Funktion klar von der Exekutive abhebt. ¹⁰²⁾ Aber selbst wenn man davon absieht, hilft der vorgetragene Gedankengang nicht weiter: Wiederum wird ein quantitativer Unterschied angeboten, ohne daß angegeben werden könnte, an welchem Punkt der Umschlag von Quantität in Qualität erfolgt.

Die Suche nach einem Abgrenzungskriterium blieb nicht deshalb vergeblich, weil verkannt wurde, daß der Idealtypus der Gewaltenteilung in der Rechtswirklichkeit durch das Prinzip der Gewaltenbalancierung überlagert wird. ¹⁰³⁾ Es wurde vielmehr deshalb nicht gefunden, weil eine Staatsgewalt in sich aufgespalten werden soll. Das aber läßt sich von der Aufgabe der anderen Staatsfunktionen aus nicht ins Blickfeld bringen.

Die Bemühungen, die das Politische als einen Bereich besonders weiten Ermessens auffassen, ¹⁰⁴⁾ müssen ohne Ergebnis bleiben, solange sie sich an falsch gewählten Beispielen orientieren. Forsthoff ist sicherlich darin Recht zu geben, daß die Freunde ernster Musik gerichtlich nicht dagegen angehen können,

98) a. a. O., S. 172.

99) a. a. O., S. 291.

100) a. a. O., S. 268.

101) Franz Meyer, a. a. O., S. 118.

102) Maunz-Dürig, Rdn. 75 zu Art. 20 GG.

103) Darauf weist insbesondere Martin Draht hin (Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat - ihren Gebieten und Methoden, in: Smend-Festschrift, S. 51 f.).

104) Wilhelm Wengler vertritt die Auffassung, sie seien so weit, daß Grenzen nicht mehr zu erkennen seien (in: Der Begriff des politischen im internationalen Recht, S. 8).

wenn der Stadtrat einen Platz durch das Denkmal eines Operettenkomponisten schmücken will, 105) Diese Fallgestaltung schöpft das Problem jedoch nicht aus: gegen eine ähnliche Ehrung Adolf Eichmanns könnte aus Rechtsgründen eingeschritten werden. Es ist also durchaus nicht so, daß das politische Ermessen nicht durch rechtliche Gesichtspunkte eingegrenzt wäre.

Dennoch könnte der Begriff "politisches Ermessen" einen Platz in der Verwaltungsrechtslehre beanspruchen, nämlich dann, wenn dieses Ermessen eine einheitliche Tiefe aufwiese. Auch die politische Handlungsfreiheit ist jedoch unterschiedlich groß. Vielfach wird das gesetzgeberische Ermessen als der Fall politischen Ermessens schlechthin aufgefaßt. Daß die Handlungsfreiheit der Legislative außerordentlich gering sein kann, kleiner als die Entscheidungsfreiheit einer Verwaltungsbehörde, beweisen Urteile des Bundesverfassungsgerichts. So konnte aus der Bedeutung des Artikels 5 GG für die Funktionsfähigkeit unserer Demokratie abgeleitet werden, daß Fernsehprogramme nur von Organisationen gestaltet werden dürfen, an deren Aufsichtsorgan alle politisch und gesellschaftlich relevanten Kräfte beteiligt sind, 106) Zu Recht wurde auch darauf hingewiesen, in welchem hohem Maße Urteile des Bundesverfassungsgerichts die Ausgestaltung des Apothekenrechts beeinflußt haben, 107)

Wenn aber das politische Ermessen keine einheitliche Tiefe aufweist, muß der Begriff im gegebenen Zusammenhang als inhaltsleere Formel erscheinen, aus der nichts abgeleitet werden kann.

Schließlich scheiterten die Bemühungen noch aus einem anderen Grunde. Der Regierungsakt erweist sich als das Einfallstor obrigkeitsstaatlichen Denkens in unserem von liberalem Gedankengut geprägten Rechtsschutzsystem. Was obrigkeitsstaatliches Denken meint, hat in klassischer Weise H. Treitschke umschrieben, der dem Liberalismus vorwarf, er betrachte den Staat nur aus der verkürzenden Perspektive des von Natur aus eigensüchtigen, staatsverdrossenen Einzelnen, während doch die Großartigkeit des Staates erst ins Blickfeld kommen könne, wenn man ihn von oben, auf der Position des Staatsmannes beurteile. Dann erhelle sich die Notwendigkeit sofort, daß es eine frei gestaltende Staats-tätigkeit geben müsse, die sich insoweit nicht vor den Gerichten verantworten brauche, weil sie sich (ex definitione) am Staatsganzen orientiere. 108) Die Einführung des Art. 19 Abs. 4 GG dürfte diesen Widerstreit zu Gunsten der liberalen Staatsauffassung entschieden haben.

105) Ernst Forsthoff, Lehrbuch, S. 75.

106) BVerfGE 12, S. 205.

107) Stephan Dietrich, Die neueste Entwicklung des Apothekenrechts, in NJW 1964, S. 1049.

108) Heinrich v. Treitschke, Politik, 1. Band, a. a. O., S. 142.

b) Der Regierungsakt als politische Entscheidung

Die Besonderheiten der Regierungsfunktion ließen sich weder aus einer Umschreibung der Regierungstätigkeit als solcher, noch aus ihrem Stellenwert innerhalb des gewaltenteilig organisierten Staates ermitteln, weil beide nur zu der unbrauchbaren These führten, der Regierungsakt ergehe in einem besonders weiten Ermessensbereich. In der staatsrechtlichen Literatur ist es bis heute jedoch nicht gelungen, dieses Ermessen qualitativ von dem der Verwaltungsbehörden zu unterscheiden.

Deshalb versuchen andere Autoren den Regierungsakt unabhängig von der Ranghöhe der erlassenden Stelle innerhalb der Hierarchie der zweiten Gewalt und unabhängig vom Prinzip der Gewaltenteilung durch ein materiales Kriterium zu kennzeichnen. In seinem Kern sei der Regierungsakt eine politische Entscheidung.

Mit dieser These ist allerdings dann nichts gewonnen, wenn das Spezifikum des Politischen lediglich mit Leerformeln wie "leitende Staatstätigkeit" ¹⁰⁹⁾ oder "Bereich höchster Staatspolitik" ¹¹⁰⁾ umschrieben wird. Mehr Erkenntniswert dürfte den Auffassungen zukommen, für die in dem Begriff des Politischen ihre Staatskonzeption kulminiert. Das gilt in besonderem Maße für Carl Schmitt, Rudolf Smend, die nationalsozialistische und die marxistische Staatslehre.

aa) Carl Schmitt und Dolf Sternberger

Trotz seiner dezisionistischen Grundeinstellung läßt Carl Schmitt die richterliche Überprüfung politischer Gestaltungsakte zu, wenn ihre Verfassungswidrigkeit offensichtlich ist. ¹¹¹⁾ In jedem anderen Falle soll es jedoch bei der Gültigkeitsvermutung staatlicher Hoheitsakte verbleiben, ¹¹²⁾ weil es sich letztlich um Akte der politischen Gewalt handelt.

Politische Entscheidungen sind dadurch ausgezeichnet, daß sie in einer äußersten Spannungssituation getroffen werden, deren Spannung so groß geworden ist, daß jeder der Kontrahenten nur noch danach trachtet, den anderen physisch zu vernichten. ¹¹³⁾ Träger eines solchen Kampfes sind nicht die Individuen, oder Bevölkerungsteile innerhalb eines Staates, sondern nur der Staat

109) Ulrich Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, in Recht - Staat - Wirtschaft, 3. Bd., S. 135.

110) Günter Sczotak, Zur Problematik der gerichtsfreien Hoheitsakte, in JR 1958, S. 445 (S. 446).

111) C. Schmitt, Hüter der Verfassung, a. a. O., S. 79.

112) C. Schmitt, Hüter der Verfassung, a. a. O., S. 78, 95.

113) Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, S. 27 (zitiert nach dem Neudruck Berlin 1963).

selbst, 114) weil das Politische untrennbar mit dem Staatlichen verbunden ist. 115) Demnach wird durch die eigentlich politische Entscheidung die Unterscheidung getroffen, welcher Staat Freund und welcher dem eigenen Staat Feind ist. Freundschaft und Feindschaft sind die politischen Kategorien, an denen sich politisches Handeln orientiert, wie sich die Ästhetik mit den Kategorien schön/häßlich befaßt. 116)

Hinter die kategoriale Scheidung von Freund und Feind darf nicht mehr zurückgefragt werden, da in ihr eine Antwort auf eine äußerste Notsituation gegeben wird. Jeder Zweifel an der Entscheidung gefährdet die physische Existenz des Volkes. - Es kann vom Staat nicht verlangt werden, daß er untätig darauf wartet, daß andere seinen Untergang beschließen, deshalb steht ihm das uneingeschränkte und uneinschränkbare Recht zu, jederzeit Krieg zu führen. Wegen seines Anlasses ist ein solcher Krieg notwendig ein totaler; das impliziert die Forderung, daß das Volk ständig zum Kriege gerüstet ist, was es nur sein kann, wenn es geeint gehalten wird. Der Einzelne aber und andere singuläre Kräfte sind egoistisch, gefährlich dynamisch 117) und damit ständig bereit, die staatliche Ordnung in Frage zu stellen. Deshalb kann der Staat nur bestehen, wenn er im Inneren so mächtig ist, daß er im Inneren alle unter seinen Willen zwingt. 118)

So geschlossen diese Konzeption erscheint, so widersprüchlich ist sie im letzten. Wer den Begriff des Politischen ausspricht, denkt die physische Vernichtung des Feindes, dessen Existenz zugleich vorausgesetzt wird.

Das Politische wird durch die Kategorien von Freund und Feind gedeutet. Sie bilden aber gerade keinen materialen Kern. Der Ausschluß gerichtlicher Kontrolle beweist, daß nicht danach gefragt werden darf, ob der als Feind bezeichnete Staat die physische Vernichtung des eigenen Staates anstrebt. Es genügt, daß er als Feind bezeichnet worden ist, weil die andere Fragestellung die Autorität der Regierung in Zweifel zieht, was die Handlungsunfähigkeit des Staates bedeuten kann. Der Staat aber kann nicht zulassen, daß der Einzelne seine Existenz gefährdet.

Den Nachweis, daß dieser in sich widersprüchliche Dezinionismus mit dem Grundgesetz unvereinbar ist, hat Peter Schneider 119) erbracht. Auf ihn sei insoweit verwiesen. -

114) C. Schmitt, a. a. O., S. 24, 28.

115) a. a. O., S. 28.

116) a. a. O., S. 26.

117) a. a. O., S. 45.

118) a. a. O., S. 37, insbesondere auch S. 45.

119) Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm, S. 256-257.

Ähnlich wie Carl Schmitt, sieht auch Dolf Sternberger¹²⁰⁾ das Spezifikum des Politischen in einer Kategorie, die allein der Staatlichkeit zugeordnet ist. Alles staatliche Handeln müsse danach trachten, den Frieden herzustellen, ihn zu bewahren, zu gewährleisten, zu schützen und ihn auch zu verteidigen,¹²¹⁾ Im Gegensatz zu Carl Schmitt spricht er von Frieden jedoch nicht dann, wenn der Staat in seinem Inneren die Ruhe des Friedhofs hergestellt hat, sondern Frieden ist für ihn die Institutionalisierung eines Schlichtungsverfahrens,¹²²⁾ Schlichtung ist gekennzeichnet als ein Verfahren, das sich an den Geboten der Gerechtigkeit orientiert, die Lebensluft der Freiheit erhält.¹²³⁾ Darin klingt eine durchaus liberale Konzeption an. Dennoch kommt ihr kein Aussagewert für die Frage zu, um die es hier geht. Das Wesen des Politischen als einer Kategorie des Verwaltungsrechts wird nicht offengelegt. Im Rechtsstaat zielt jedes gerichtliche Verfahren auf Streiterledigung. Demnach wäre jedes Urteil eine politische Entscheidung, was es nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gerade nicht sein darf. - Die gesuchte Grenzziehung zwischen dem Bereich des Rechts und dem der Politik kann mit Sternberger nicht gefunden werden, weil er den Bereich des Rechts als einen Teil des Politischen begreift.¹²⁴⁾

bb) Der Regierungsakt in der nationalsozialistischen Praxis

Unter totalitären Regierungssystemen erfreut sich der Begriff des Regierungsaktes einer besonderen Wertschätzung, weil er es der Exekutive ermöglicht, die Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte formal aufrecht zu erhalten, sie aber im Einzelfalle nach Belieben zu umgehen.¹²⁵⁾

So entzündete sich die Regierungsaktsdiskussion im Dritten Reich an den sogenannten Schutzhaftanordnungen,¹²⁶⁾ 127) weil man nach einem Weg suchte, die Anordnungen der politischen Polizei der gerichtlichen Überprüfung zu ent-

120) Dolf Sternberger, Begriff des Politischen, Frankfurt 1961.

121) a. a. O., S. 18.

122) a. a. O., S. 23.

123) a. a. O., S. 24 f.

124) Deshalb hat D. Sternberger auch sein selbstgesetztes Ziel nicht erreicht, den Arbeitsbereich der Politikwissenschaft zu kennzeichnen (vgl. S. 5, 7).

125) Typisch für eine solche Tendenz: Siegfried Grundmann, Die richterliche Nachprüfung von politischen Führungsakten nach geltendem deutschen Verfassungsrecht, in: ZfgesStW Bd. 100, S. 511 ff. (S. 517).

126) W. Spohr, Die Schutzhaft, S. 15.

127) Reinhard Neubert, Die Schranken richterlichen Prüfungsrechts bei staatspolitischen Handlungen der Verwaltung, in: JW 1933, S. 2426 f.

ziehen. Einerseits bot dafür die Dogmatik das Argument, daß die Verordnung vom 28. Februar 1938 eine Nachprüfung nicht vorsehe und die Rechtswegklausel der allgemeinen Polizeigesetze nur bei ausdrücklicher Inbezugnahme anwendbar sei. 128) Diese Begründung erschien jedoch ungenügend, weshalb zugleich vortragen wurde, diese Maßnahmen trügen einen eminent politischen Charakter, 129) weil es notwendig sei, den Staat gegen die ungeheueren kommunistische Gefahr zu sichern, 130) Es rette ihn nur noch eine sofortige Durchführung der Verhaftungsaktion, mit einer gerichtlichen Kontrolle sei ein Zeitverlust verbunden, der nicht ertragen werden könne.

Die Kursorik dieser Abwägung wurde aus der nationalsozialistischen Staatsauffassung gerechtfertigt. Der neue Staat hat den alten Dualismus von Staat und Volk überwunden; er ist das staatlich organisierte Volk. Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz stehen nicht mehr gegeneinander, wie im überwundenen liberalen Rechtsstaat, sondern müssen als Tätigkeitsformen desselben Organismus aufgefaßt werden. Deshalb ist es undenkbar, daß der Staat als Justiz das in Frage stellt, was er als Exekutive an politisch Notwendigem angeordnet und vollzogen hat. Weil das Imperium unteilbar ist, können Justiz und Verwaltung nicht mehr gegeneinander handeln. 131)

Obwohl es bei dieser Staatskonzeption ausgeschlossen erscheint, gab es jedoch auch nach 1933 noch eine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wegen dieser Inkonsistenz bemühte sich die Dogmatik den Bereich justiziabler Handlungen einzuschränken, ohne daß jeder Staatsakt als politische Handlung aufgefaßt werden mußte. Ein Regierungsakt sollte nur dann vorliegen, wenn der Staatsakt die Lebensordnung des deutschen Volkes, einschließlich der Staats- und Parteiverfassung, gegen existentielle Gefährdung (insbesondere gegen Verrat, Zersetzung, offenen und verdeckten Angriff, aber auch gegen wirtschaftliche Not) verteidigt. 132) Einen extensiven Gebrauch des Regierungsaktsbegriffs konnten diese Kriterien jedoch nicht verhindern, da sie keine Handhabe dagegen boten, daß Regierungs- oder Verwaltungsstellen schon die Klageerhebung als einen zersetzenden Angriff werteten.

Daher gab es Bestrebungen, den Regierungsaktsbegriff noch schärfer zu fas-

128) Grauert, Die Entwicklung des Polizeirechts im nationalsozialistischen Staat, in DJZ 1934, S. 965 ff.

129) R. Neubert, in JW 1933, S. 2426 f.

130) Boehr, nochmals: Schutzhaft gemäß der Verordnung vom 28. Februar 1933, in JW 1933, S. 2500.

131) R. Neubert, a. a. O., S. 2427.

132) Ernst-Rudolf Huber, Besprechung von Ipsen, Politik und Justiz, in ZfgesStW Band 98, S. 200.

sen. Er sollte nur noch die Staatshandlungen umfassen, die intentional der Selbstbehauptung des deutschen Volkes in seiner verfassungsrechtlichen Gestalt dienten.¹³³⁾ In dieser Formel liegt jedoch kein Mehr an Rechtssicherheit, weil die Qualifikation nicht den Gerichten oblag, sondern der Verwaltung verblieb. Es wurde den Gerichten sogar ausdrücklich verwehrt, darüber zu befinden, ob die Kennzeichnung als Regierungsakt zu Recht erfolgte.

Diesen Mangel an Rechtssicherheit hoffte Ipsen¹³⁴⁾ dadurch zu beseitigen, daß er für die Schaffung einer speziellen, bei der Verwaltung zu errichtenden Kammer eintrat, die allein berechtigt sein sollte, die Regierungsaktsqualität zu erkennen. Ihr sollte dafür ein geordnetes Verfahren vorgeschrieben sein, das, so meinte Ipsen, eine faktische Selbstbindung des Gremiums bewirken werde.¹³⁵⁾ Wäre dieser Vorschlag verwirklicht worden, hätte er den Rechtswert soweit gegenüber der Staatsräson verteidigt, als dies im totalen Staat überhaupt denkbar ist.¹³⁶⁾

cc) Die Entwicklung im Gebiete der DDR

Trotz großzügiger Verwendung des Regierungsaktsbegriffs schien es der DDR notwendig, die Verwaltungsgerichte zu beseitigen. Dennoch soll die Entwicklung, die damit ihr Ziel erreichte, nachgezeichnet werden, weil sich aus ihr ablesen läßt, wie gefährvoll es ist, dem Regierungsaktsbegriff in unserem Recht Raum zu geben.

Besonders beispielhaft verliefen die Vorgänge im Lande Thüringen, weil dort 1945 die schon 1926 eingeführte Generalklausel wiederhergestellt worden war. Um eine Gerichtskontrolle aus Bereichen zu verbannen, in denen sie unerwünscht erschien, wurden durch Gesetz alle Maßnahmen der Bodenreform, sämtliche Enteignungen und die Verstaatlichungen von der Gerichtsbarkeit ausgenommen. Zugleich erhielt der Ministerpräsident das Recht, jeden Verwaltungsakt zum Regierungsakt zu erklären.¹³⁷⁾

Dennoch fand das Thüringische Oberverwaltungsgericht Gelegenheit,

133) Siegfried Grundmann, Die richterliche Nachprüfung von politischen Führungsakten nach geltendem deutschen Verfassungsrecht, in ZfgesStW Band 100, S. 517.

134) Hans Peter Ipsen, Politik und Justiz, S. 285 ff.

135) Ipsen, a. a. O., S. 300.

136) Diese Bewertung seines Vorschlages gab Ipsen selbst in einem Aufsatz in der Festschrift für Laun mit dem Titel "Deutsche Gerichtsbarkeit unter Besatzungsmacht", a. a. O., S. 95.

137) § 126 a der Thüringischen Landesverwaltungsverordnung (eingefügt durch Gesetz vom 26.11.1945, GBl. 1946, S. 51).

Beschlagnahmeverfügungen der Besatzungsmacht aufzuheben. 138) Deshalb sieht das Gesetz vom 30. Mai 1947 (Thür. GBl. S. 51) vor, daß alle nach dem 8. Mai 1945 erfolgten Beschlagnahmen rechtmäßig seien, was den Fortgang anhängiger Verfahren unterband.

Im Jahre 1948 wurde die Generalklausel durch einen enumerativen Zuständigkeitskatalog ersetzt. Um darüber hinaus den Gerichten den Einblick in die Verwaltung nach Belieben verwehren zu können, wurde dem Landtag das Recht eingeräumt, jeden Staatsakt für unanfechtbar zu erklären. Damit politisch wichtige Urteile mit Sicherheit verhindert werden konnten, gab das gleiche Gesetz den Gerichten auf, eine Abschrift jeder eingehenden Klage an den Ministerpräsidenten zu übersenden. Gerechtfertigt wurde dieses etwas umständliche Verfahren, das nicht desto weniger perfekt arbeitete, mit dem Dogma von der absoluten Souveränität des Parlaments, gegen die es eine Berufung nicht geben könne. Der erreichte Zustand hätte eigentlich ausreichen können und hätte nicht mehr verändert zu werden brauchen.

Dennoch wurden im Jahre 1952 im Gebiete der DDR die Länder aufgelöst und damit mußten auch die auf landesrechtlicher Grundlage errichteten Verwaltungsgerichte ihre Arbeit einstellen. 139) An ihre Stelle trat die nach sowjetischem Vorbild umgestaltete Staatsanwaltschaft, die als Hüter der sozialistischen Gesetzlichkeit jeden Verstoß gegen das Gesetz und jeden Übergriff gegen die sozialistische Rechtsordnung zu ahnden hat. 140) Die Befugnisse, die sie in den Stand versetzen sollen, dieser Zielsetzung gerecht zu werden, sind jedoch außerordentlich gering: Wird der Staatsanwaltschaft ein Verstoß bekannt, legt sie bei dem handelnden Organ Protest ein; hat dieser keinen Erfolg, so kann die der Staatsanwaltschaft vorgesetzte Behörde gegenüber der Instanz, die der handelnden Behörde vorgesetzt ist, den Protest wiederholen. Hat auch dieses keinen Erfolg, so ist das Verfahren beendet, weiter reichen die Befugnisse nicht. 141) 142)

Seitdem besteht in der DDR keine verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Exekutive mehr. In eine Formel gebracht, umschreibt man die Entwicklung mit

138) Der Bericht beruht im wesentlichen auf der Darstellung von Hans Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, sowie den dort angegebenen Quellen (a. a. O., S. 23).

139) Siegfried Mampel, Die Verfassung der sowjetischen Besatzungszone, Anm. 1 a zu Art. 138 VerfDDR, S. 460.

140) § 2 c des Gesetzes über die Staatsanwaltschaften der DDR vom 17.4.1963 (GBl. I S. 57), Nachfolgegesetz des gleichnamigen Gesetzes vom 23.5.1952 (GBl. I S. 408).

141) Siegfried Mampel, Anm. 7 zu Art. 126 VerfDDR, S. 431 f.

142) Daran ändert auch die neue Verfassung der DDR vom 9.4.1968 (GBl. I S. 199 ff.) nichts (vgl. Art. 61 und 97 dieser Verfassung).

dem Satz, daß heute jeder Verwaltungsakt einen Regierungsakt darstellt. Denn die Staatsanwaltschaften üben die ihnen übertragene Kontrolle der sozialistischen Gesetzlichkeit nicht mehr aus, ¹⁴³⁾ Das wird als Erfolg des marxistischen Erziehungsprozesses gefeiert. Nach freiheitlich-demokratischem Staatsverständnis aber bedeutet es nichts anderes, als das, daß die zweite Gewalt die anderen Staatsfunktionen endgültig übermächtigt hat. ¹⁴⁴⁾

Aus der Entwicklung, die das Verfassungsrecht unter dem Einfluß des Sozialismus genommen hat, lassen sich für die Interpretation des Grundgesetzes keine neuen Ansatzpunkte gewinnen. Es ist jedoch deutlich geworden, welche Gefahren der Funktionsfähigkeit des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat drohen, wenn dem Regierungsakt Existenzberechtigung eingeräumt wird. An ihm können Tendenzen ansetzen, die zur Diktatur führen, weil sie die zweite Gewalt aus den ihr durch die Gewaltenteilung gesetzten Fesseln befreien.

dd) Die Integrationslehre Rudolf Smends

Auch für Rudolf Smend macht seine politische Natur das Wesen des Regierungsaktes aus. ¹⁴⁵⁾ Auch er sieht das Politische wesentlich mit dem Staatlichen verbunden, weshalb die Eigenart des Regierungsaktes hervortritt, wenn das Grundprinzip aller Staatlichkeit aufgedeckt ist.

Der Ansatzpunkt des liberalen Konstitutionalismus und der Rechtsstaatsgedanke verstellten das rechte Verständnis des Staates, weil er dazu zwang, alles nur an der Formel von Freiheit und Eigentum zu messen. Deshalb mußten politisch so hoch bedeutsame Handlungen, wie die Auflösung des Parlaments als verfassungsmäßige Hilfstätigkeiten bezeichnet werden. ¹⁴⁶⁾ ¹⁴⁷⁾ Zutreffend werde der Staat gewürdigt, wenn er als geistiges Sein, als eine Kulturrerrungenschaft aufgefaßt werde. Das geistige Sein aber erhält seine Existenz dadurch, daß es handelt, und zwar so handelt, daß es die Einwohner ständig von neuem zu einer

143) Diese Angabe findet sich bei Frohmüt Müller, Zur Gesetzlichkeitsaufsicht der Staatsanwaltschaften, in: Staat und Recht 1957, S. 1751 (vgl. insbesondere auch die Seiten 1758 bis 1759, 1761).

144) Peter Schneider, Über das Verhältnis von Recht und Macht, a. a. O., S. 582.

145) Rudolf Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat, a. a. O., S. 18; ders., Les actes de gouvernement en Allemagne, a. a. O., S. 192-232 (insb. S. 213).

146) Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, a. a. O., S. 121 ff. Ulrich Scheuner, Der Bereich der Regierung in Smend-Festschrift, S. 265 ff.

147) Begriff bei Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, S. 7.

Lebens- und Schicksalsgemeinschaft zusammenfaßt, sie zu einem einheitlichen Ganzen integriert, ¹⁴⁸⁾ das durch den Streit der Meinungen nicht mehr in Frage gestellt werden kann, ¹⁴⁹⁾ Trotz ihrer Bedeutung für die Existenz des Staates kommt den staatlichen Handlungen eine differenzierte Affinität zum Integrationswert zu. Legislativ- und Regierungsakte sind allein am Integrationswert orientiert. Sie sind die eigentlich politischen Handlungen. Die Rechtspflege orientiert sich am Rechtswert und der Verwaltung ist die technische Wohlfahrtspflege aufgegeben (Umschreibung des Verwaltungswertes). ¹⁵⁰⁾ ¹⁵¹⁾

Der moderne Staat befindet sich in ständiger Existenznot, ¹⁵²⁾ weil in ihm eine hohe Zahl von Wertordnungen miteinander um die Vorherrschaft ringen; der Kampf wird hart geführt und wirkt damit desintegrierend. Alle Maßnahmen zum Schutz gegen eine Bedrohung von außen dienen dem einen Ziel, die Kräfte des Volkes zusammenzufassen, um den Feind abzuwehren und die staatliche Selbständigkeit zu bewahren.

Der Zweck der einfachen Notstandsgesetze kommt in den einleitenden Worten klar zum Ausdruck: "Um die für Zwecke der Verteidigung, insbesondere zur Deckung des Bedarfs der Zivilbevölkerung und der Streitkräfte erforderliche Versorgung mit . . . können durch Rechtsverordnungen Vorschriften erlassen werden über." Da die Notstands- und Verteidigungsgesetze alle wesentlichen Lebensbereiche erfassen, reduzieren die Feststellungen den Wertpluralismus der Friedensrechtsordnung auf einen einzigen, die Sicherung der staatlichen Existenz. Sie wirken daher im Smend'schen Sinne integrierend,

Selten jedoch lassen sich staatliche Akte einem einzigen Werte zuordnen. ¹⁵³⁾ Es läßt sich nicht dartun, daß die Feststellungen eine Affinität zum Rechtswert haben. - Zum Verwaltungswert treten sie in Beziehung, wenn durch sie Wohlfahrtsförderung betrieben wird, d. h. wenn sie die ökonomische Basis des Staates heben, sie verbreitern. Die hier betrachteten Gesetze streben nicht danach, die Kapazitäten der deutschen Wirtschaft auszubauen, indem dafür gesorgt wird, daß neue Werke entstehen. Sie sollen nur dazu dienen, daß die Wirtschaftskraft zu Gunsten der Verteidigung eingesetzt wird. Sie vergrößern

148) Den Begriff schlug Smend vor (vgl. Die politische Gewalt im Verfassungsstaat, Kahlfestchrift III, S. 16).

149) Verfassung und Verfassungsrecht, a. a. O., S. 155.

150) Die Inhaltsbestimmung der Werte ist von Georg Jellinek übernommen (Allgemeine Staatslehre, S. 256 ff.).

151) Verfassung und Verfassungsrecht, a. a. O., S. 213.

152) Verfassung und Verfassungsrecht, a. a. O., S. 163.

153) a. a. O., S. 193; die Definition des Verwaltungswertes ist von Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 258, übernommen.

das Sozialprodukt nicht, sondern teilen es neu auf, sie dienen der Breiten-, nicht der Tiefenrüstung. Sollte die Wirtschaftslenkung den Produktionswert dennoch steigern, so ist dies ein erwünschter, aber nicht notwendig beabsichtigter Nebeneffekt.

Somit sind die Feststellungen allein dem Integrationswert zuzuordnen. Dadurch genießen sie die Bedeutung einer souveränen Dezision gebietsuniversaler Entscheidungseinheit, letztinstanzlicher Ordnungsmacht kraft primärer Geistesgesetzlichkeit. ¹⁵⁴⁾ In dieser Formel bedeutet Letztinstanzlichkeit, daß jede gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen ist, es sei denn, daß ein klarer Fall des Formenmißbrauchs vorliegt. ¹⁵⁵⁾ Im Ergebnis nähert sich damit die Prüfungszuständigkeit der Gerichte der an, die sie gegenüber einem der Verwaltung eingeräumten Ermessen in Anspruch nehmen. ¹⁵⁶⁾

Dieses Ergebnis beleuchtet Smend an anderer Stelle noch aus einer mehr dogmatisch-technischen Sicht. ¹⁵⁷⁾ Jeder Integrationsakt werde dadurch ausgezeichnet, daß durch ihn auf eine einmalige Situation geantwortet werde. Indem er sich für die Existenz des Regierungsaktes ausspreche, erweise der Gesetzgeber seine Reverenz vor dem überragenden technischen Fachwissen der Verwaltung, das allein sie in die Lage versetzt, der einmaligen und unvorhersehbaren Situation sachgerecht Herr zu werden. - ¹⁵⁸⁾

Zwar meint der Autor, das Verhältnis des Bürgers zum Staat müsse als ein dialektisches begriffen werden, ¹⁵⁹⁾ dennoch dominiert im Bereiche der Integrationsakte der Staat. Insbesondere, wenn es um Entscheidungen um Krieg und Frieden geht, greifen Hoheitsakte, die dem Integrationswert, wie gezeigt besonders eng verbunden sind, tief in die Freiheit des Bürgers ein. Gerade sie aber werden der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen, wodurch das Individuum der Kollektivität schutzlos preisgegeben wird. Es sinkt, wie bei Hegel, ¹⁶⁰⁾ von dem Smend über Theodor Litt, seinen Ausgang genommen hat, zum unselbständigen Moment der Totalität herab. ¹⁶¹⁾

154) a. a. O., S. 196.

155) a. a. O., S. 213.

156) R. Smend, *Les actes de gouvernement en Allemagne*, Annuaire 1931, II, S. 192 ff.; die Veränderung des Ausgangspunktes ist darauf zurückzuführen, daß dieser Aufsatz im wesentlichen aus der Feder von U. Scheuner stammt (vgl. a. a. O., S. 193).

157) a. a. O., S. 205 ff.

158) a. a. O., S. 193 ff.

159) *Verfassung und Verfassungsrecht*, a. a. O., S. 124.

160) Vgl. dazu J. Hirschberger, *Geschichte der Philosophie*, Band 2, S. 421 und 422.

161) Reinhold Zippelius, *Vom Wesen des Rechts*, S. 127. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, a. a. O., S. 26.

Dem Vorwurf, dem totalen Staat das Wort zu reden, wird die Integrationslehre erst dann entzogen, wenn der Integrationswert als solcher seiner Präpondanz gegenüber den Rechten des Bürgers entkleidet wird, wenn Ernst gemacht wird mit der Forderung, daß jede staatliche Entscheidung nach ihrer ethischen Rechtfertigung gefragt werden darf, daß sie sich messen lassen muß, an allgemeinen Wertmaßstäben.¹⁶²⁾ Diese Weiterentwicklung emanzipiert den Politiker vom Handlanger des Weltgeistes zum eigenverantwortlichen Staatsmann. So rückt die individuelle Freiheit wieder in den ihr zukommenden Rang ein; die Integrationslehre aber verliert zugleich ihr Herzstück. Der Staat kann nicht mehr nur als ein geistiges Sein begriffen werden, denn seine Handlungen sind nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil sie Emanationen des geistigen Seins darstellen. Der Regierungsakt verliert seine Existenzberechtigung.

c) Der Regierungsakt in rechtsvergleichender Sicht

aa) Frankreich

Der Begriff des Regierungsaktes hat seinen Ausgang in Frankreich genommen (*acte de gouvernement*). Dort wurde er zu Beginn des 19. Jahrhunderts entdeckt und seitdem beschäftigt sich die französische Dogmatik mit der Frage, ob hinter diesem Begriff eine eigene Kategorie von Staatsakten steht, die sich vom Verwaltungsakt unterscheiden, oder ob es sich um einen inhaltsleeren Terminus handelt, der nur dazu dienen kann, der Staatsräson Vorschub zu leisten.¹⁶³⁾ Sollte es also ein Abgrenzungskriterium geben, so müßte es eigentlich die französische Dogmatik in ihrem schon über 150jährigen Bemühen gefunden haben.

Seine Entdeckung verdankt der Regierungsakt der Affäre Lafitte: Napoleon I. hatte seiner Schwester, der Fürstin Borghèse, eine Rente zu Lasten der Staatskasse ausgesetzt, die diese dem Bankier Lafitte abgetreten hatte. Der Bankier klagte diejenigen Zahlungen ein, die nach dem Sturze Napoleons, aber vor Inkrafttreten der Gesetzgebung fällig geworden waren, die die napoleonischen Schenkungen aufhoben. Im Vordergrund des Rechtsstreites hätte somit eigentlich die Frage stehen müssen, ob sich das Gesetz rückwirkende Kraft beigemessen habe und inwieweit dies zulässig sei, da die Verwaltung die Auszahlung verweigerte. Der

162) Vgl. Ulrich Scheuner, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, in Staatsverfassung und Kirchenordnung, S. 225 ff.; anders noch in: Der Bereich der Regierung, in Smend-Festschrift, S. 253 ff. (S. 271 ff.) und: Grundfragen des modernen Staatsrechts, in: Recht-Staat-Wirtschaft, S. 126 ff. (135) Bd. 3.

163) Gaston Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, S. 450.

Conseil d'Etat entschied diese Fragen jedoch nicht, sondern wies die Klage als unzulässig ab, weil die Weigerung des Ministeriums ein politisches Ziel (*mobile politique*) verfolge, über das er nicht zu richten befugt sei. 164)

Die Auffassung, daß es allein auf das politische Motiv der handelnden Stelle ankomme, wurde bis zum Jahre 1875 den Entscheidungen zu Grunde gelegt. Sie findet sich erstmals nicht mehr in der Entscheidung "Prince Napoleon", ohne daß sie jedoch ausdrücklich durch eine andere ersetzt worden wäre. 165) Seitdem hütet sich der Conseil d'Etat den Begriff "*acte de gouvernement*" zu gebrauchen, und überläßt die Systematisierung und Rechtfertigung seiner Entscheidungen, ebenso wie der Tribunal de Conflicts, ganz der Dogmatik. Dieselbe sammelt seitdem alle Fälle, in denen der Conseil d'Etat eine Klage *a-limine* abweist, ordnet sie zu einem Katalog und sucht nach dem verbindenden Kriterium.

Diese Aufgabe gestaltete sich außerordentlich schwierig, weil der Katalog sehr heterogene Fälle enthält: Akte, die die Beziehungen der Regierung zur Volksvertretung betreffen, Gnadenakte, die Erklärung des Belagerungszustandes, gewisse Handlungen der Armee im Kriege, Handlungen der diplomatischen und konsularischen Vertretungen im Ausland und Disziplinarmaßnahmen in den Streitkräften. 166) Die in den Katalog aufgenommenen Fälle waren zum Teil noch unter der Herrschaft der *mobile politique* entschieden worden, schienen ein gemeinsames Kriterium nicht aufzuweisen, weshalb man übereinkam, alle Fälle auszuscheiden, für die sich eine andere Erklärung finden ließ (negative Theorie). So schieden die Gnadenakte aus, die heute - in Grenzen - vor den Justizgerichten angefochten werden können. 167) Problematisch waren letztlich nur noch zwei Fälle: die Akte, die die Beziehungen der Regierung zur Gesetz-

164) Die Darstellung orientiert sich an Helmut Rumpf, Regierungsakte im Rechtsstaat (S. 47 ff.).

165) Die Entscheidung 'Prince Napoleon' vom 19. 2. 1875 ist abgedruckt bei Long-Weil-Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, S. 41; vgl. in diesem Zusammenhang auch Georges Vedel, *Droit administratif*, S. 208.

166) Katalog nach Helmut Rumpf, a. a. O., S. 40 f.; vgl. auch die Zusammenstellung bei Auby-Drago, *Traité de Contentieux administratif* Nr. 67-70, S. 80 ff.; Auby-Docus-Ader, *Institutions administratives*, Nr. 149, S. 349; André de Laubadère, *Manuel de droit administratif*, S. 93 f.; Georges Vedel, a. a. O., S. 208; Gaston Jèze, a. a. O., S. 442.

167) seit Conseil d'Etat, 28. III. 1947, "Gombert", *Sirey*, 1947, III 89.

gebenden Gewalt regeln und Kriegshandlungen französischer Truppen auf französischem Boden. 168) Bei diesen soll es sich jedoch nach einer weitverbreiteten Meinung nicht um eine eigene Kategorie von Staatsakten handeln, weil ihr einzig gemeinsames Merkmal ihre Justizfreiheit darstelle. 169)

Die negative Theorie fand jedoch bei René Chapus Widerspruch, der die Existenz der Regierungsakte aus der Existenz der Regierungsgewalt (im Gegensatz zur Verwaltungsgewalt der Regierung) ableitet. 170) Leider aber leistet dieser Verfasser die entscheidende Aufgabe nicht, das Spezifikum der Regierung zu erläutern. Er begnügt sich mit dem Hinweis, daß es auch in diesem Bereich klare und diskussionswürdige Fälle gebe, wie so häufig in der Jurisprudenz. 171) So aber rechtfertigt er die Bemerkung von Berthelemy, der mit Blick auf ältere Autoren (Ducrocq, Aucoc, Dareste und Lafférière) das Fehlen einer klaren Definition des Regierungsaktes gebrandmarkt hatten. 172)

Solange dieser Katalog Grundlage der Französischen Diskussion bleibt, dürfte sich das Problem kaum lösen lassen. Nicht nur weil in ihm so heterogenes zusammengefaßt ist, sondern weil die Rechtsprechung des Conseil d'Etat und des Tribunal de Conflits keine klaren Gründe für ihre Entscheidungen liefern, die eine Festlegung erlaubten. Typisch ist insoweit die Entscheidung "Société Ignazio Messina et Cie". Die genannte Gesellschaft verklagte den französischen Staat auf Schadensersatz, weil französische Kriegsschiffe während des Algerienkrieges eines ihrer Frachtschiffe in internationalen Gewässern aufgebracht hatten. Sie hatten das Schiff gezwungen, einen korischen Hafen anzulaufen und es dort 31 Stunden festgehalten, um die Ladung zu überprüfen. 173)

Im Tenor 174) heißt es lediglich, die Klage werde verworfen (decide; 1. La requête ... est rejetée), nicht aber, ob aus prozessualen (französisch: pour raison de forme¹⁷⁵⁾) oder aus materiellen Gründen (französisch: au fond¹⁷⁶⁾).

168) Auby-Draco, a. a. O., Nr. 70, S. 88 f.

169) Hierher sind zu rechnen: Georges Vedel, a. a. O., S. 209; de Laubadère, S. 93; Eisenmann, a. a. O., S. 27 ff.; H. Berthélemy, a. a. O., S. 134.

170) René Chapus, L'acte de gouvernement, monstre ou victime, Dalloz 1958, S. 5 ff. (Chr.) mit zustimmenden Bemerkungen von Auby-Draco, a. a. O., S. 77, Nr. 63.

171) a. a. O., S. 7.

172) Berthélemy, a. a. O., S. 131 f.

173) Der Sachverhalt wird bei Nicole Questiaux, Revue de droit public et de la science politique 1966, S. 789, mitgeteilt.

174) Revue de droit public et de la science politique 1968, S. 800.

175) nach Doucet, Wörterbuch der deutschen und französischen Rechtssprache, Teil I.

176) vgl. Doucet, Wörterbuch der deutschen und französischen Rechtssprache.

Die Entscheidungsgründe helfen insoweit ebenfalls nicht weiter, da es dort lediglich heißt, daß die fragliche Maßnahme "par leur nature ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat" (ihrer Natur nach nicht geeignet seien, eine Verantwortlichkeit des französischen Staates zu begründen). In der Formel "par leur nature ..." wird gewöhnlich ein Indiz gesehen, daß der Conseil d'Etat eine Maßnahme als Regierungsakt ansieht. 177) Sie läßt jedoch auch die Deutung offen, daß er die Regierungsakte als Fälle von Ermessensentscheidungen ansieht. 178)

Einig ist sich die französische Dogmatik jedoch darüber, daß der Conseil d'Etat Klagen in den Fällen des Kataloges a-limine abweist, selbst wenn sie in das Gewand einer Schadensersatzklage gekleidet sind. Einigkeit besteht auch darüber, daß sich das Gericht weigert, einen Acte de Gouvernement auch nur auszulegen. 179)

In ihrem nun schon 150 Jahre währenden Bemühen ist es der französischen Dogmatik also nicht gelungen, auf ein Kriterium zu stoßen, das nicht schon bei der Betrachtung der deutschen Lösungsvorschläge beobachtet werden konnte. Das legt den Schluß nahe, daß eine befriedigende Abgrenzung des Regierungsaktes vom Verwaltungsakt nicht möglich ist.

bb) Englisches Recht 180)

Der Terminus Act of State bezeichnet im englischen Recht die Sonderklasse von Staatsakten, die die Exekutive in Anwendung ihrer Prärogativrechte vollziehen kann. Solche Befugnisse stehen der Krone jedoch nicht außerhalb der Rechtsordnung zu oder berechtigen sie gar, sich über die Rechtsordnung hinwegzusetzen, sondern sind Teil des Common Law. 181) Als Rechtsakte sind sie

177) Helmut Rumpf, a. a. O., S. 55 ff.

178) Paul Duez, Les Actes de gouvernement, Annuaire de L'Institut international de droit public, 1931 II, S. 35 ff. (81).

179) Auby-Drago, Nr. 66, S. 79 f.; André de Laubadère, a. a. O., S. 92; Auby-Ducos-Ader, S. 348; Reinhard Hoffmann, Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich, S. 68.

180) Die Ausführungen zum englischen Recht berücksichtigen die folgenden Veröffentlichungen:

A. V. Dicey, Introduction to the study of the law of Constitution; Julius Hatscheck, Englisches Staatsrecht, 2. Band, Die Verwaltung; Owen Hood Philipps, Leading Cases in Constitutional Law, derselbe, Constitutional and Administrative Law; H. W. R. Wade, Administrative Law; Wade - E. C. S. - Philipps, G. Godfrey, Constitutional Law; G. Wilson, Cases and materials on constitutional and administrative Law.

181) O. H. Philipps, Constitutional and administrative Law, a. a. O., S. 230.

jedoch dadurch ausgezeichnet, das betonen die englischen Autoren, daß sie in einem weiten Ermessensbereich ergehen. 182) Deshalb dürfen die Richter im wesentlichen nur nachprüfen, ob der geltend gemachte Akt ergangen ist, nicht jedoch, ob er zu Recht ergangen ist; diese Frage liegt außerhalb ihrer Jurisdiktion. 183) Da die englischen Gerichte die inhaltliche Überprüfung für unmöglich erachten, lehnen sie auch die Überprüfung unter Anwendung des Gleichheitssatzes ab. 184)

Besonderheiten des englischen Verfassungsrechts lassen erkennen, daß die Regierungsakte dennoch Ermessensakte darstellen. Seit Dicey 185) wird englisches Verfassungsrecht so verstanden, als sei es auf drei Grundprinzipien aufgebaut: auf der Souveränität des Parlaments (sovereignty of Parliament), der Herrschaft des Rechts (rule of law) und den Verfassungskonventionen (the conventions of Constitution). 186) Wichtig für das Verständnis ist weiterhin, daß der Katalog der auf dem Common Law beruhenden Prärogativrechte abgeschlossen ist. Die Kronrechte lassen sich in zwei Gruppen einteilen, in die persönlichen und in die politischen Prärogativen. 187) Die sog. persönlichen Rechte der Krone (z. B. the king never dies, the king is never an infant, the king can do no wrong 188)) sind in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Die politischen Prärogativen zerfallen in solche, die innenpolitische und solche die außenpolitische Bedeutung haben. Daß die Anwendung der Prärogativrechte Ermessensakte darstellen, läßt sich besonders gut an dem Recht der Regierung zeigen, politische Handlungen vorzunehmen, ohne das Parlament einzuschalten. Wäre es ein eigenständiges Recht der Regierung, wäre es für das englische Recht undenkbar, daß es eine parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung oder des einzelnen Ministers geben könnte.

Die außenpolitisch bedeutsamen Prärogativen umfassen einen ganzen Katalog von Maßnahmen, von denen die wichtigsten hier genannt seien; 189)

182) O. H. Phillipps, a. a. O., S. 243.

183) O. H. Phillipps, a. a. O., S. 244; Salaman v. Secretary of State for India (1906) 75 LJKB 418; (1906) 1 KB 613 Court of Appeal (abgedruckt, Phillipps, Leading Cases Nr. 22, S. 81 ff.).

184) Court of Appeal in Salaman v. Secretary of State for India (a. a. O., S. 85).

185) Dicey a. a. O.; vgl. insbesondere die Einleitung von E. C. S. Wade, S. CXCI.

186) Vgl. dazu auch Helmut Rumpf, Regierungsakte im Rechtsstaat, S. 97; Wade, S. CXCI.

187) O. H. Phillipps, a. a. O., S. 244 f.

188) O. H. Phillipps, a. a. O., S. 246 f.

189) Der Katalog ist dem Buche von Helmut Rumpf, Regierungsakte im Rechtsstaat entnommen (S. 112). Er enthält in etwa die Fälle, die auch von O. H. Phillipps aufgezählt werden (a. a. O., S. 260); vgl. in diesem Zusammenhang auch Wade-Phillipps, Constitutional Law, S. 193.

Das Recht der Krone, den Staat nach außen zu vertreten, einschließlich des Rechts, fremde Staaten und Regierungen anzuerkennen; das Recht, völkerrechtliche Verträge zu schließen; das Recht, Kriege zu führen, Frieden zu schließen, Blockaden und Embargos zu verhängen und die Neutralität zu erklären; das Recht, Ausländer auszuweisen oder während eines Krieges zu internieren; und das Recht, Rechtsnormen für die Kolonien zu erlassen.

Im außenpolitischen Bereich sind die Qualifikationsmerkmale, die aus einem Staatsakt einen Regierungsakt machen, weder von der Literatur, noch von der Rechtsprechung eindeutig geklärt, was darauf zurückzuführen ist, daß der Katalog abgeschlossen ist und auf Common Law beruht, 190) weshalb er nicht erweitert werden kann. Es lassen sich jedoch der Entscheidung *Salaman v. Secretary of State for India* 191) Ansätze entnehmen, denen zufolge es allein auf die Intention der handelnden Stelle ankommt, 192) womit sich der englischen Theorie Anklänge an die "mobil politique" des französischen Rechts entnehmen lassen. Die Auswirkungen sind jedoch viel eher tolerabel, da sie durch einen anderen Gedanken überlagert werden, der in der Entscheidung *Walker v. Baird* 193) zum Ausdruck kommt. Es ging dabei um folgende Situation: Der Kommandant eines englischen Kriegsschiffes (Walker) hatte die in Neufundland gelegene Hummerfaktorei des Klägers (Baird) betreten, besetzt und die Anlagen unbrauchbar gemacht. Im gegen ihn betriebenen Strafverfahren verteidigte sich Walker mit dem Argument, er habe gehandelt, um einen Vertrag zwischen England und Frankreich durchzusetzen, durch den die gegenseitigen Fischereiinteressen abgegrenzt wurden, wodurch er einen Krieg vermieden habe. Der Vertrag sah unter anderem vor, daß nach dem 1. Juli 1887 keine neuen Faktoreien mehr erlaubt werden sollten. Baird hatte die Arbeit erst nach dem Stichtage aufgenommen. Dennoch wurde Walker zur Verantwortung gezogen, weil Prärogativrechte nicht so ausgeübt werden dürften, daß sie in Freiheit und Eigentum eng-

190) O. H. Phillipps, a. a. O., S. 243; vgl. auch *Kings Bench, Case of Monopolies (Darcy v. Allain)* (1602) 11 CoRep. 84 b (abgedruckt bei O. H. Phillipps, *Leading Cases* Nr. 11, S. 43 ff.).

191) *Court of Appeal*, (1906) 75 LJB 418; (1906) 1 KB 613 (abgedruckt bei O. H. Phillipps, *Leading Cases* Nr. 22, S. 81 ff.).

192) *Leading Cases*, S. 84: A Government in the exercise of its sovereign power may well desire to reserve to itself discretionary powers quite inconsistent with contractual relations.

193) *Judicial Committee of the Privy Council* (1892) 61 LJPC (N. S.) 92; (1892) A. C. 491 (abgedruckt bei Phillipps, *Leading Cases* Nr. 24).

lischer Bürger eingreifen. 194) Das kann nur, wenn es nicht das Common Law oder Gewohnheitsrechte gestatten, auf Grund eines vom Parlament beschlossenen Gesetzes geschehen. 195) Eine Ratifikation des Fischereivertrages war jedoch nicht erfolgt.

Durch die Entscheidung *Johnstone v. Pedlar* 196) werden den britischen Untertanen ihrer Majestät diejenigen Ausländer gleichgestellt, deren Heimatstaat sich nicht im Kriegszustand mit England befindet.

So bleiben nur drei Fälle übrig, in denen die Krone bzw. einer ihrer Beamten, ihr Handeln mit dem Hinweis rechtfertigen können, es habe sich um einen Acte of State gehandelt: Handlungen eines englischen Staatsorgans, das im Ausland Freiheit oder Eigentum eines Ausländers verletzt; Handlungen eines Staates, der später von England anektiert wird, auch wenn von ihnen ein englischer Untertan betroffen wurde; und Maßnahmen gegen den Bürger eines Staates, mit dem sich England im Kriegszustand befindet.

Für die erste Gruppe steht der Fall *Buron v. Denman* 197): Ein englischer Kapitän hatte den Auftrag erhalten, die Sklaverei an der Westküste Afrikas zu bekämpfen, insbesondere sollte er zwei Engländer, die in dieser Gegend in Sklaverei gehalten wurden, befreien. Auf spanischem Gebiet befreite er die beiden Engländer und die anderen dort gehaltenen Sklaven, zerstörte die Niederlassung des Sklavenhändlers. Die Klage des spanischen Eigentümers wurde mit dem Hinweis abgewiesen, es handle sich um einen Acte of State.

Für die zweite Fallgruppe steht *West Rand Central Gold Mining Company v. The King* 198): Die englische Gesellschaft betrieb in Südafrika eine Goldmine. Während des Burenkrieges beschlagnahmte die Regierung der Provinz Transvaal die Goldbestände der Gesellschaft, um die Kriegsführung zu finanzieren. Nach der Anektion der Republik durch England klagte die Gesellschaft gegen die Krone auf Entschädigung, die ihr jedoch nicht gewährt wurde, obwohl

194) *Niedergelegt im Case of Proclamation, Resolution of the Judges* (1910) 12 CoRep 74; 2 St. Tr. 723; (Phillipps, *Leading Cases* Nr. 12, S. 45 ff.).

195) O. H. Phillipps, *Constitutional and administrative Law*, S. 265; vgl. auch "The Zamora" *Judicial Committee of the Privy Council* (1916) 85 LJP 89; (1916) 2 A.C. 77 (Phillipps, *Leading Cases* Nr. 27, S. 97 ff.).

196) *House of Lords* (1921) 90 LJPC 181; (1921) 2 A.C. 262; (Phillipps, *Leading Cases* Nr. 64, S. 288 ff.).

197) *Trial at Bar*; (1848) 2 Ex 167; (Phillipps, *Leading Cases* Nr. 23, S. 86 ff.).

198) *Kings Bench*, (1905) 2 KB 391; zitiert nach Wade-Phillipps, *Constitutional Law*, 4. Aufl., S. 193 f. und Helmut Rumpf, a. a. O., S. 127 f.

das Gold im Besitz der Krone war, weil es im Belieben der Krone stehe, welche Lasten des anektierten Staates sie übernehmen wolle.

Im Falle R. v. Bottrill, ex parte Kuechenmeister 199) - er steht beispielsweise für die dritte Gruppe - wurde einem deutschen Staatsangehörigen, der seit 1928 in England lebte und während des Krieges interniert worden war, das writ of habeas corpus verweigert, durch das er erreichen wollte, nicht nach Deutschland abgeschoben zu werden (1947): Es gehöre zu den Prärogativrechten der Krone, frei darüber zu entscheiden, wie lange sie Ausländer im Königreich dulde.

Neue Erkenntnisse über das Wesen des Politischen und die Existenzberechtigung des Regierungsaktes konnte auch der kurze Überblick über das englische Recht und seine Entwicklung nicht erbringen. Zwar orientiert sich die englische Rechtsprechung einzig an der Intention des handelnden Staatsorgans, soweit man überhaupt von einem gemeinsamen Kriterium für alle Fälle des Kataloges sprechen kann; für das Ergebnis hat jedoch der Gedanke eine weit stärkere Bedeutung, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers auf diesem Wege nicht gerechtfertigt werden können. Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß es keinesfalls notwendig ist, die Kategorie des Regierungsaktes anzuerkennen, damit die Regierung nicht handlungsunfähig werde. Wie das englische Beispiel zeigt, bleibt eine Regierung auch dann handlungsfähig, wenn sie es sich gefallen lassen muß, daß ihre Handlungen von den Gerichten nachgeprüft werden.

d) Synopse

Die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Regierungsaktstheorien, einschließlich der Rechtsentwicklung in Frankreich und England, hat eines ganz deutlich gemacht: die Rechtsfigur "Regierungsakt" ist nur dann wirklich notwendig, wenn dem freiheitlichen Rechtsstaat obrigkeitsstaatliche / totalitäre Elemente eingepflanzt werden sollen.

Soweit den Autoren nicht vorgeworfen werden konnte, sie strebten nach einer Zusammenfassung des Imperiums, erschien bei ihnen der Regierungsakt als eine Ermessensentscheidung. Für solche aber braucht keine eigene Kategorie von Staatsakten eingerichtet zu werden, da sie sehr wohl nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts behandelt werden können. Demnach erscheint es überflüssig, ja gefährlich, wenn die deutsche Verwaltungsrechtslehre den Begriff des Regierungsaktes auch weiterhin tradiert.

Die Forderung, den Regierungsakt aus dem Begriffsschatz der Dogmatik zu entfernen, ist noch gegen eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts abzusichern, der zufolge die Anordnung nach § 6 Abs. 6 WpflG (früher zur Zeit der

199) Court of Appeal, (1947) KB 41; (abgedruckt bei O. H. Phillipps, Leading Cases, Nr. 25, S. 90 ff.).

Entscheidung Abs. 7) als politischer Akt angesehen werden muß, der sich als solcher der gerichtlichen Nachprüfung entzieht, ²⁰⁰⁾ - so lautet zumindest der Leitsatz nach der Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung. ²⁰¹⁾

Zur Begründung seiner Auffassung beruft sich das Bundesverwaltungsgericht auf den Willen des Gesetzgebers, den es den Materialien entnimmt; insoweit handelt es sich allerdings um Fehlzitate. Doch selbst wenn davon abgesehen wird, berührt der Umstand merkwürdig, daß das Gericht seine Entscheidung nicht gegenüber Art. 19 Abs. 4 GG absichert. Es geht nicht darauf ein, wie sich der postulierte Ausschluß der Kognitionsbefugnis mit der Garantie umfassenden Rechtsschutzes vereinbaren läßt. Eine Einschränkung der Rechtsschutzgarantie aber sieht § 51 WpflG, der im übrigen dem Gebot des Art. 19 Abs. 1 GG Rechnung trägt, nicht vor. ²⁰²⁾

Diesem Bedenken braucht jedoch nicht näher nachgegangen zu werden, weil die tatsächlichen Entscheidungsgründe durch den Leitsatz nicht zutreffend zusammengefaßt werden. Das Gericht geht gerade nicht von einer absoluten Unüberprüfbarkeit aus, sondern legt sich die Frage vor, ob die Anordnung gegen Verfassungsrecht verstößt (Art. 87 a Abs. 1 GG), weil sie dazu geführt hat, daß die im Haushaltsplan festgelegte Stärke der Streitkräfte überschritten wurde. Im Ergebnis verneint es einen derartigen Verstoß; entscheidend kommt es jedoch darauf an, daß die Anordnung unter diesem Titel an materialen Kriterien gemessen wird. Wäre sie ein Regierungsakt, wäre eine solche Prüfung begrifflich ausgeschlossen. Zu Unrecht führt deshalb H. J. Wolff diese Entscheidung als einen der seltenen Fälle eines Regierungsaktes an. ²⁰⁴⁾

4. Das Informationsproblem

Konrad Zweigerts Anregung, das Bundesverfassungsgericht solle die Feststellungen automatisch, d. h. unabhängig von der Erhebung einer Klage auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen, wurde insbesondere deshalb angegriffen, weil er damit das Gericht überfordere, fehlten ihm doch die notwendigen Informationen. ²⁰⁵⁾ Ergänzend wurde noch darauf hingewiesen, daß das Bundesverfassungsgericht not-

200) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.10.62, BVerwGE 15, S. 63 ff.

201) a. a. O., S. 63.

202) Ähnlich auch Fritz Czermak, in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, DöV 1963, S. 235.

203) BVerwGE 15, S. 65.

204) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 46 III b 2 bb).

205) Vgl. Protokoll des 2. Hearings zu den Notstandsgesetzen, a. a. O., S. 200.

wendigerweise nicht über zuverlässigere Informationen verfügen könne, als die, über die Bundestag und Bundesregierung bei ihrer Beschlußfassung verfügten.

Es ist zuzugeben, daß eine richterliche Entscheidung in der Sache unmöglich wird, wenn es nicht gelingt, Klarheit über die zu bewertenden tatsächlichen Vorgänge zu gewinnen. Meint der Vorgang des Richters doch in seinem Kern, daß Geschehenes an Bestehendem gemessen wird. 206) Dabei sind Geschehen in diesem Sinne auch gesicherte Kausalverläufe, auch hypothetischer Art. 207)

Die Kenntnis dessen, was als ein Krisenanzeichen gewertet wird, mit der Folge, daß man sich auf die Krise vorbereiten muß, entspringt im wesentlichen der Arbeit der Geheimdienste. Über einen eigenen Geheimdienst verfügt das Bundesverfassungsgericht nicht und es kann sich auch nicht den der Bundesregierung im Wege der Amtshilfe heranziehen, weil dieser nicht als selbständige Behörde, sondern als unselbständiger Teil des Bundeskanzleramtes organisiert ist.

Dennoch kann das Bundesverfassungsgericht in einer solchen Situation entscheiden. Alle belastenden Staatshandlungen stehen unter dem Gemeinwohlprinzip, d. h. sie bleiben nach den Grundsätzen der materiellen Beweislastverteilung nur bestehen, wenn es erforderlich ist, der Gefährdung von Gemeinwohlsgütern zu begegnen. Dadurch wird die Bundesregierung gezwungen, ihre Kenntnis und ihre Überlegungen dem Gericht offen zu legen. Über den vorgetragenen Tatsachenstoff kann das Gericht entscheiden, wobei ihm die Entwicklung möglicherweise die Arbeit erleichtert, weil sich die Situation inzwischen klärt. Es ist somit durchaus nicht so, daß eine Informationslücke einem Gericht die Entscheidung unmöglich macht.

5. Die Entscheidung im Beweisnotstand

Aus den vorangegangenen Überlegungen ergibt sich, daß richterliche Kontrolle nicht nur nicht unmöglich, sondern aus rechtsstaatlichen Gründen geboten ist. Die verschiedenen Denkansätze geben jedoch keinen Maßstab dafür an die Hand, wie in der non-liquet-Situation zu verfahren ist. Weil das Notstandsrecht nicht als eine in sich geschlossene Rechtsordnung verstanden werden darf, die sich kategorial vom Friedensrecht unterscheidet, muß die Entscheidung aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitet werden.

Dem Bemühen darum, wie bei Beweisnot zu entscheiden ist, darf nicht entgegengehalten werden, damit werde ein Scheinproblem verfolgt. In einem ver-

206) Peter Schneider, In dubio pro libertate, a. a. O., S. 288; ders., Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, AöR 82, S. 12 ff.; ders., Demokratie und Justiz, Festschrift OLG Zweibrücken, S. 260.

207) BVerfGE 7, S. 412.

waltungsgerichtlichen Verfahren werde die Exekutive typischerweise vortragen, der Angriff stehe unmittelbar bevor, jeden Beweis aber ablehnen, weil die dem Beweis zugänglichen Tatsachen der Geheimhaltung unterlägen. Es ist sicher richtig, daß kein Gericht den Geheimvorbehalt zu durchbrechen vermag, weil ihm die dazu erforderlichen Befugnisse durch den § 99 VwGO nicht verliehen sind. Es darf andererseits nicht übersehen werden, daß die Amtsermittlung und die materielle Beweislast nicht gleichgesetzt werden dürfen. Es ist keinem Richter gestattet, sich mit der Behauptung zu begnügen, es drohe Krieg, wenn die Verwaltung ihre These nicht mit weiteren Darlegungen stützt. Bleibt ihr Vortrag aus, so ist die angegriffene Maßnahme aufzuheben.

Die Auseinandersetzung mit der Frage, wie bei Beweisnot zu entscheiden ist, erscheint aus den folgenden Gründen besonders wichtig. Auch wenn Anordnungen gem. § 80 Abs. 5 VwGO nur den vorgelegten Einzelfall betreffen, kommt ihnen eine weitreichende Tatbestandswirkung zu. Ergibt sich aus den Gründen, daß das Gericht sich nicht zu der Auffassung habe durchringen können, die Sicherheit der Bundesrepublik sei konkret gefährdet, so wird sich das sehr schnell verbreiten. Es steht zu vermuten, daß dadurch eine große Zahl von "Stopanträgen" gem. § 80 Abs. 5 VwGO provoziert wird. Auch liegt die Annahme nicht fern, daß ein Bürger, der einen entsprechenden Antrag gestellt hat, den ihm abverlangten Beitrag nicht freiwillig erfüllen wird, solange die Entscheidung noch aussteht. Jede einzelne Anforderung aber ist Teil der Gesamtkonzeption, durch die die Verteidigungsbereitschaft der Bundesrepublik hergestellt werden soll. Werden auch nur einzelne Maßnahmen nicht durchgeführt, so kann das den Erfolg aller Anstrengungen in Frage stellen.

Auf der anderen Seite hat der Richter die Verantwortung für den Grundrechtsschutz des Bürgers. Die Entscheidung gem. Art. 80 a GG und die ihm vorgelagerten Feststellungen der Bundesregierung fallen notwendig zu einem Zeitpunkt, in dem erst einzelne Vorgänge den Schluß zulassen, ein fremder Staat schließe den Krieg als Mittel zur Durchsetzung seiner Forderungen nicht mehr aus. Er hat sich für seine Kriegsvorbereitungen sehr viel Zeit genommen und konnte sie lange Zeit so gut verschleiern, daß die Anhaltspunkte für seine politischen Absichten noch äußerst wage sind. Die erkannten Fakten lassen sich in diesem Zeitpunkt noch durchaus auf friedliche Motive zurückführen. Hier nun soll ein Richter entscheiden, welcher Auffassung der höhere Grad von Wahrscheinlichkeit zukommt, ohne daß ihm Richtlinien zur Verfügung stehen, die es ihm erlauben, seine Auffassung nachvollziehbar zu begründen. Solche Unge-
wißheit ist politischen Entscheidungen eigen, sie verträgt sich jedoch nicht mit dem rechtsstaatlichen Prinzip der Chancen- und Risikoabwägung. Danach kann ein freiheitsbeschränkender Eingriff solange nicht erfolgen, als die Gefährdung eines Gemeinwohlgesetzes nicht nachgewiesen ist.

Konsequenterweise müßte dieses Prinzip die politischen Instanzen dazu

zwingen, die Feststellungen solange anstehen zu lassen, bis an ihrer Berechtigung kein Zweifel mehr möglich ist. Solches Verhalten würde nicht nur wertvolle Zeit verstreichen lassen, sondern es brächte es auch mit sich, daß nunmehr alle Verteidigungsmaßnahmen sofort verwirklicht werden müßten. Dadurch kann sich die Krise so verschärfen, daß sie sich nicht mehr politisch beherrschen läßt.

Dieses Dilemma, im Interesse der Sicherheit handeln zu müssen, ohne daß die dadurch ausgelosten Maßnahmen gerechtfertigt werden können, darf nach heutigem Grundrechtsverständnis nicht mehr dadurch überwunden werden, daß den Grundrechten gegenüber den Erfordernissen der Staatssicherheit die Geltung abgesprochen wird. ²⁰⁸⁾ Georg Jellinek hat diese Vorstellung ersichtlich der Staatspraxis unter der Geltung der Verfassung von 1871 entlehnt, auch wenn er sie damit begründet, der Liberalismus begrenze staatliches Handeln unnötig. Die Begrenzungen ergäben sich richtigerweise aus den Organisationsgesetzen des Staates selbst. Die moderne Naturwissenschaft und Technik hat staatlicher Macht jedoch so viele neue Entfaltungsmöglichkeiten gegeben, daß die Freiheit des Individuums nur noch gesichert erscheint, wenn sie sich machtvoll gegen den hoheitlichen Herrschaftsanspruch zu verteidigen weiß. -

Eine sachgerechte Entscheidung ist möglich, auch wenn die Geltung der Grundrechte ernst genommen wird, ohne daß deswegen die Besonderheiten außer acht gelassen werden müssen, die das Vorfeld der Ausnahmesituation kennzeichnen. In unserer Rechtsordnung sind seit langem zwei Fallgestaltungen anerkannt, die zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen führen, obwohl die Gefährdung oder Verletzung eines Gemeinwohlsgutes nicht feststeht. So ist es der Polizei gestattet, tätig zu werden, wenn Anzeichen für das Vorliegen einer Gefahr sprechen, die sich auch anders deuten lassen. ²⁰⁹⁾ Zum anderen gestattet die Strafprozeßordnung Zwangsmaßnahmen gegen Verdächtige oder Dritte zu ergreifen, obwohl noch nicht feststeht, ob eine strafbare Handlung begangen worden ist und wer als Täter zur Verantwortung gezogen werden muß. Im letzten Falle ist die Verfassungsproblematik besonders handgreiflich, weil sich der Betroffene auf die allgemeine Unschuldvermutung berufen kann.

Diese Spannung zwischen dem positiven Gesetz und der Verfassung stellt sich der polizeirechtlichen Literatur nicht; die strafprozessuale vermag ihr seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Juni 1963 ²¹⁰⁾ nicht mehr auszuweichen, zeigt sich ihr jedoch nicht recht gewachsen. Es hilft nicht weiter, wenn Eberhard Schmidt darauf verweist, die Verfassung habe den Staatsorganen eine Aufgabe von höchster Verantwortlichkeit gesetzt, der sich der Gesetzgeber

208) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 248.

209) Vgl. insbesondere Drews-Wacke, a. a. O., S. 58.

210) BVerfG in NJW 1963, S. 1597.

nicht gewachsen gezeigt habe; denn er sei mit dem Strafprozeßänderungsgesetz von 1965 auf seltsame Abwege geraten. 211)

Daß Inhaftierungen und Durchsuchungen auch schon im Ermittlungsstadium möglich sind, ergibt eine Rückbesinnung auf die Funktion des Strafverfahrens. Das materielle Strafrecht dient dem Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter. Diese Aufgabe kann es nur erfüllen, wenn es ein Organ und ein Verfahren gibt, das den Schutz dadurch gewährleistet, daß es Schuldige ermittelt und der Bestrafung zuführt. Die angeführten Zwangsmaßnahmen entfalten ihre Bedeutung als Teil des Verfahrens, das zur Durchsetzung des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes geschaffen ist. Sie sind zulässig, soweit und solange sie notwendig und geeignet sind, das Strafverfahren voranzutreiben. Der Schutz des Einzelnen bliebe allerdings unvollständig, wenn sich der Richter nicht des Umstandes bewußt ist, daß das Verfahren unter allen Umständen der Aufklärung einer bestimmten Straftat dienen muß. Es müssen daher Tatsachen vorliegen, die einen bestimmten Verdacht begründen. 212)

Diese Gedanken aus dem Bereich des Strafprozeßrechts sprechen dafür, daß die Feststellungen nur ergehen dürfen, wenn sichere Anhaltspunkte für das Vorliegen der Gefahr sprechen. Das muß insbesondere auch deshalb gelten, weil die Last der Notmaßnahmen nicht von dem getragen werden muß, der die Sicherheit der Bundesrepublik gefährdet, sondern vom Bürger, der auf die Entscheidungen der fremden Staatsführung kaum einen Einfluß zu nehmen vermag. - Damit ist jedoch noch nicht der Schluß gerechtfertigt, die Beweisnot ginge zu Lasten der öffentlichen Hand. Damit würde die Abwägung verkürzt. Es würde ungeprüft davon ausgegangen, daß die Gefährdungsintensität, die für Maßnahmen nach der Strafprozeßordnung gefordert werden muß, für die Kriegsgefahr die gleiche ist. Daß das nicht richtig zu sein braucht, ergibt folgende Überlegung. Sind im Frieden denkbar geringe Vorbereitungen für einen Verteidigungsfall getroffen worden, so genügen schon erste Anzeichen eines Angriffs, die Sicherheit als auf das äußerste gefährdet erscheinen zu lassen. Wenn Verteidigung noch sinnvoll werden soll, müssen die Gegenmaßnahmen mit aller Intensität vorangetrieben werden. Ohne eine ausreichende Vorbereitungsphase gibt es keine Alternative zur Kapitulation. Sind die Vorbereitungen jedoch so weit gediehen, daß nur noch geringfügige Maßnahmen fehlen, die auch noch nach Beginn der Kampfhandlungen nachgeholt werden können, so birgt das Vorfeld der Gefahr kein Sicherheitsrisiko, womit Zwangsmaßnahmen unzulässig wären.

211) Eberhard Schmidt, Deutsches Strafprozeßrecht, S. 116, Rdn. 204.

212) Diese Vorstellungen sind dem Buch von Peter Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit, entnommen. (Vgl. insbesondere die Seiten 149 ff. und 156 f.)

Wer die Last des Beweisnotstandes zu tragen hat, hängt somit davon ab, welcher Vorbereitungsgrad für die Bundesrepublik unterstellt werden kann. Die allgemein zugängliche Literatur enthält insoweit keine klaren Festlegungen. Es ist dies nicht verwunderlich, denn Mobilmachungspläne, die allein den notwendigen Aufschluß gewähren, werden aus guten Gründen geheimgehalten. Unbekannt sind demgemäß insbesondere die Zeitspannen, in deren Grenzen auf den verschiedenen Sachbereichen die volle Verteidigungsbereitschaft hergestellt werden soll.

Den Verteidigungsgesetzen können jedoch gewisse Anhaltspunkte entnommen werden. Der Gesetzgeber hat drei verschiedene Stufen des Übergangs vom Friedens- zum Ausnahmerecht vorgesehen. Diese Differenzierung erscheint sinnlos, wenn sie nur Zeiträume von wenigen Stunden voneinander scheidet. Demnach ergehen die Feststellungen der Bundesregierung schon recht frühzeitig, lange vor dem wahrscheinlichen Angriffstermin.

Beim Versuch, die Feststellungswirkungen zu systematisieren, betrachteten wir nur einen Ausschnitt aus der Fülle der Maßnahmen, die ermöglicht werden, weil sie notwendig erscheinen. Die Ermächtigungskataloge sind bei weitem umfangreicher. Je größer aber die Zahl der Maßnahmen ist, die verwirklicht werden müssen, desto mehr Zeit muß dafür vorgesehen werden. So gibt es beispielsweise im Frieden keine staatliche Organisation, die in der Lage wäre, sofort die Aufgaben der Wirtschaftslenkung zu übernehmen. Sie muß also in organisatorischer, wie personeller Hinsicht erst geschaffen werden. Das kostet eine Menge Zeit, selbst wenn berücksichtigt wird, daß solche Behörden nicht schon in der Spannungszeit voll arbeitsfähig sein müssen.

Auch die Bundeswehr ist nicht in der Lage, ihrem Verteidigungsauftrag "aus dem Stand" gerecht zu werden. Es wird zwar immer einmal wieder darauf hingewiesen, daß sie im Gegensatz zu früheren Armeen nicht nur aus Ausbildungs- und Kadereinheiten besteht, sondern daß ständig kampfstärke Einheiten bereitstehen. Diese sind jedoch zahlenmäßig nicht in der Lage, die Last eines Angriffs auf die Dauer zu tragen. Auch ist nicht klar, ob sie über die notwendige Zahl an logistischen Einrichtungen verfügt.

Diese Überlegungen führen dazu, daß die Bundesrepublik einige Zeit benötigt, die Verteidigungsbereitschaft herzustellen. Der Gegner aber, der insoweit das Gesetz des Handelns in der Hand hält, vermag langfristig zu planen und sich für die Verwirklichung seiner Vorstellungen Zeit zu lassen. Seine wahren Absichten braucht er erst im letzten Augenblick erkennbar zu machen, wenn sie sich nicht mehr verheimlichen lassen. Deshalb muß die Bundesregierung sorgfältig darauf achten, ob Absichten erkennbar werden, die Bundesrepublik anzugreifen. Wenn Anzeichen dafür vorliegen, wird sie, um den notwendigen Vorlauf für die Vorbereitungsmaßnahmen zu sichern, schnell reagieren müssen.

Eine non-liquet-Situation liegt vor, wenn dem befaßten Gericht Fakten vorgelegt sind, die für eine Gefährdung der Sicherheit sprechen, denen es sich

demgemäß nicht ohne weiteres verschließen kann, wenn es ihm aber zugleich möglich ist, sie auf friedliche Absichten zurückzuführen. Die Uneinheitlichkeit der Deutung aber ist typisch für das Vorfeld der Gefahr. Ein Richter, der in dieser Situation die ihm zur Nachprüfung gestellte Notmaßnahme aufhebt, verkennt, daß es für die Feststellungen ausreicht, wenn eine konkrete Gefährdung auch nur in geringen Anzeichen zu erkennen ist. Eine non-liquet-Situation kann es demnach nur geben, wenn an die Erkennbarkeit der Gefahr zu hohe Anforderungen gestellt werden, die sich aus dem Gesetz nicht ableiten lassen.

Die Beweisnot ist insoweit als ein Fall der Gefahr zu behandeln. Es ist dies der Preis, den der Bürger dafür bezahlt, daß er Verteidigungsanstrengungen in ruhigen Zeiten nur eine geringe Bedeutung beimißt.

V. VERSTOSS GEGEN FORMVORSCHRIFTEN

Bislang wurde lediglich nach den Grenzen inhaltlicher Überprüfung gesucht. Die Feststellungen können jedoch auch fehlerhaft sein, weil die Entscheidung des Bundestages oder der Bundesregierung unter Verletzung formeller Bestimmungen zustande gekommen ist. So ist es denkbar, daß Fristen der Geschäftsordnungen mißachtet wurden, oder daß Quoren nicht erreicht wurden. Daß solche Fehler auf die Rechtmäßigkeit der Feststellungen Einfluß haben können, wird niemand ernsthaft bestreiten.

Diese Fehlermöglichkeiten sind jedoch keiner gesonderten Untersuchung wert. Das allgemeine Verwaltungsrecht hält die notwendigen Lösungsmodelle bereit, soweit es dazu bei einem Rechtsgebiet in der Lage ist, das dem Grundsatz der Diskontinuität unterliegt.

Es gibt jedoch eine besondere Fehlermöglichkeit, die nur bei den Feststellungen auftreten kann. Nur bei der Feststellung nach Art. 115 a GG ist vorgesehen, daß in der Form des Artikels 82 GG im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht wird. Der Gesetzgeber versäumte es jedoch, für die übrigen Feststellungen eine ähnlich klare Entscheidung zu treffen. Dieses Fehlen gesetzlicher Weisung beruht nicht darauf, daß das Problem übersehen worden wäre, sondern darauf, daß man sich in den entsprechenden Ressorts nicht zu einer Entscheidung durchringen konnte, wie die Handhabung des § 6 Abs. 6 WPflG beweist. Ihre Anordnung vom 20. 9. 1961 veröffentlichte die Bundesregierung im Bulletin; ²¹³⁾ die gleichlautende Entscheidung wurde nicht mehr öffentlich verlautbart, angeblich weil dies nicht notwendig sei. ²¹⁴⁾ Die gleiche Unsicherheit ergibt sich aus den Referenten-

²¹³⁾ Bulletin der Bundesregierung, Jahrg. 1961, S. 1693.

²¹⁴⁾ nach G. Hahnenfeld, Rdn. 4 zu § 6 WPflG.

Kommentaren zum Wehrpflichtgesetz. Scherer-Krekeler halten eine Bekanntmachung für gänzlich überflüssig, weil es sich um einen Regierungsakt handle,²¹⁵⁾ während nach Hahnenfeld lediglich die Form des Art. 82 GG nicht eingehalten werden muß, ²¹⁶⁾

Es ist demnach durchaus offen, ob und in welcher Form verkündet werden muß. Eine Verkündung selbst erscheint jedoch unverzichtbar, wenn man sich vor Augen hält, welche weitreichende Veränderungen sie auslösen. So können Bescheide mündlich erlassen werden, für die Schriftform obligatorisch war, oder die Wehrverwaltung kann Heranziehungsbescheide erlassen, die sonst nur von Landesbehörden ausgehen können. Ein Bürger, der von der Entscheidung nach Art. 80 a GG nichts gehört hat, wird sich also ernsthaft überlegen können, ob der gegen ihn erlassene Bescheid nicht nichtig ist.

1. Die Notwendigkeit der Verkündung

Es kann schlechterdings nicht geleugnet werden, daß die Feststellungen in ihren Auswirkungen die Rechtssphäre des Einzelnen erreichen. Denn es ist für einen Wehrpflichtigen nicht unerheblich, ob er seinen Beruf ausübt oder Bereitschaftsdienst von unbestimmter Dauer leistet. Bedeutsam ist ein derartiger Beschluß auch insoweit, als er die Aufgabenzuordnung innerhalb der Behörden verändert, weil er damit zugleich darüber befindet, ob es gelingt, die freiheitliche Regel als solche zu garantieren.²¹⁷⁾ Es bedarf also der Bekanntgabe des Beschlusses der Bundesregierung, oder des Bundestages an den Betroffenen, damit er sich Klarheit darüber verschaffen kann, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme vorliegen.

Ein einfaches Beispiel zeigt jedoch, daß die Bekanntgabe an den Einzelnen nicht ausreicht, ihn gegen falsche Inanspruchnahme zu schützen. Die Wehrbehörden, die erst nach der Feststellung Anforderungsrechte haben,²¹⁸⁾ dürfen ihre Mob-Planungen durch sog. Bereitstellungsbefehle sichern. Es handelt sich dabei nach der Legaldefinition des § 36 Abs. 3 BLG um Anforderungsbefehle,

215) Scherer-Krekeler, Anm. III 2 zu § 6 WPflG.

216) Günther Hahnenfeld, Rdn. 4 zu § 6 WPflG.

217) Peter Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit, S. 115.

218) Im Augenblick erläßt die Feststellung nach § 1 Abs. 2 BLG noch die Bundesregierung. Eine Unterstellung des Gesetzes unter Art. 80 a GG ist jedoch vorgesehen (Einschließung des Deutschen Bundestages vom 30. 5. 68, Sten. Prot., 178. Sitzung, 5. Dt. Bundestag, S. 9656 B Umdruck 490, a. a. O., S. 9658 (B)).

bei denen der Leistungszeitpunkt einer späteren Benachrichtigung (dem Vollzugsbescheid) vorbehalten ist. Der Sinn der Bereitstellungsbescheide liegt darin, daß sie allen späteren Anforderungen im Range vorgehen.²¹⁹⁾ Da die Vollzugsbescheide nur noch den Leistungszeitpunkt zu enthalten brauchen, lassen sie sich weitgehend vorbereiten, einschließlich der Unterschrift und des Dienstsiegels. Es ist denkbar, daß sich ein Dieb in den Besitz derartiger Formulare setzt, den Leistungszeitpunkt einträgt und die betreffenden Kraftfahrzeuge bei den Eigentümern abzuholen versucht. Wie soll sich ein Eigentümer verhalten, dem ein derartiger Vollzugsbescheid vorgelegt wird, wenn er Zweifel an der Berechtigung des Vollzuges zu diesem Zeitpunkt hat? Müßte die Feststellung bekannt gemacht werden, hätte er eine ganz einfache Kontrollmöglichkeit. Liegt die Bekanntgabe aber im Vollzugsbescheid, entfällt diese Kontrollmöglichkeit. Die gleiche Gefahr entsteht, wenn man an die Möglichkeit einer Unterschlagung derartiger Formulare denkt.

Aus diesem Beispiel ergibt sich, daß die Feststellungen sich zwar nicht unmittelbar an den Bürger richten, seine Rechtssphäre aber über den Anwendungsakt erreichen. Da es aber der Sinn des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist, dem Bürger die Kontrolle der ihn belastenden Akte des Staates zu ermöglichen,²²⁰⁾ muß ihm auch die Möglichkeit gegeben werden, zu kontrollieren, ob die Eingriffsvoraussetzung "Feststellung" erfüllt ist. Die Tatsache, daß die Feststellung getroffen ist, muß also bekannt gemacht werden.²²¹⁾ Fraglich ist die Form, in der die Bekanntmachung zu erfolgen hat.

2. Die Form der Verkündung

Die Überlegung hat mit der Frage einzusetzen, was durch die Feststellung / Anordnung bewirkt wird. Die Antwort lautet für alle Feststellungsfälle einheitlich: Sie setzt vorsorglich vom Gesetzgeber bereitgestellte, nach Inhalt, Zweck und Ausmaß fixierte, gesetzliche Regelungen in Kraft. So erlaubt die Kompe-

219) Bauch in Bauch-Danckelmann-Kerst, Anm. 4 d zu § 36 BLG, a. a. O., S. 103.

220) Ob der Grundsatz auch für die Leistungsverwaltung gilt (dafür Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961), kann hier dahingestellt bleiben.

221) Das wurde auch in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. 10. 1962 (BverwGE 15, S. 63 ff.) nicht bestritten. Das Gericht hatte allerdings keine Veranlassung, auf die Frage ausdrücklich einzutreten, da die im Streite befangene Anordnung der Bundesregierung vom 20. 9. 1961 veröffentlicht worden war.

tenzerweiterung beispielsweise der Behörde Maßnahmen auf einem Gebiet, auf dem ihr zuvor die gesetzliche Grundlage für eine Inanspruchnahme des Bürgers fehlte. Die Feststellungen schaffen nicht neues Recht, sondern setzen "vorgefertigtes" in Kraft; das ist das Neue an dem gesetzestechnischen Instrument der Feststellungen.

Der Gesetzgeber hat sich für die Normen, die er dem Art. 80 a GG unterstellte oder deren Anwendbarkeit er von einer besonderen EntschlieÙung der Bundesregierung abhängig machte, die endgültige Entscheidung über einen Teil seines Ermessens ²²²⁾ vorbehalten, der so selten praktisch bedeutsam wird, daß er in Art. 80 GG nicht angesprochen und in Art. 82 Abs. 2 GG durch eine Auslegungsregel behandelt wurde. Es geht um die Frage, von wann ab eine Regel gelten soll.

In der Theorie lassen sich vier Aspekte des gesetzgeberischen Ermessens unterscheiden. Wird der Wunsch nach einer gesetzlichen Regelung oder Neuregelung eines Sachgebietes laut, gelten die ersten Gedanken des Gesetzgebers der Frage, ob dem entsprochen werden soll. Den ersten Aspekt gesetzgeberischen Ermessens kennzeichnet das "Ob". Hat er sich entschlossen, das Sachgebiet zu regeln, muß er sich darüber klar werden, wie die neue Regelung aussehen soll. Den zweiten Aspekt des gesetzgeberischen Ermessens erschließt die Frage nach dem "Wie". Ist für sie eine Lösung gefunden, muß die Entscheidung darüber fallen, von wann ab das neue Gesetz gelten soll.

Will der Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung des Gesetzes dem Verordnungsgeber überlassen, kommt ein vierter Aspekt seines Ermessens in Sicht. Er muß anordnen, wer von den in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genannten Instanzen zur Verordnungsgebung berechtigt sein soll. ²²³⁾

Die Feststellungen sind insbesondere im Zeichen des dritten Aspektes des gesetzgeberischen Ermessens zu betrachten. Denn die Einführung einer Feststel-

222) Es ist nicht unumstritten, ob es sinnvoll ist, von einem Ermessen des Gesetzgebers zu sprechen, weil es an Ermessensgrenzen mangle (z. B. Ernst Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 95). Das beruht aber grundsätzlich, wie bei Ernst Forsthoff klar zu erkennen ist, auf einem von dem hier vertretenen abweichenden Grundrechtsverständnis (vgl. zum letzteren, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 146 ff., insb. S. 149 ff.).

223) Die Unterscheidung dieser vier Aspekte des politischen Ermessens findet sich beispielsweise in dem Kommentar von Maunz-Dürig, allerdings an verschiedenen Stellen des Werkes. Vgl. Rdn. 118 und 119 zu Art. 20 GG ("ob" und "wie") Rdn. 6 ff. zu Art. 80 ("wer") und Rdn. 12 zu Art. 82 GG("von wann ab" / "wann").

lung bzw. die Unterstellung eines Gesetzes unter Art. 80 a GG bedeutet, daß eine endgültige Entscheidung über die Frage des "Von-wann-ab" noch nicht getroffen wurde. Entweder hat sie sich das Parlament selbst vorbehalten (Art. 80 a GG) oder sie an die Bundesregierung delegiert (§ 6 Abs. 6 WPflG).

Die Feststellung treffen, heißt also über eine Frage des gesetzgeberischen Ermessens zu entscheiden. Das legt es nahe, die Entscheidung der Formvorschrift des Art. 82 GG zu unterstellen, eine Verkündung im Bundesgesetzblatt zu verlangen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat das für § 6 Abs. 6 WPflG abgelehnt.²²⁴⁾ Die Anordnung sei ein Ausfluß der politischen Regierungsgewalt und deshalb kein gesetzgebender Akt, denn die Anordnung als solche muß streng von der durch sie ausgelöste Rechtsfolge getrennt werden: "Inhaltlich enthält ein derartiger durch die Bundesregierung erlassener Staatsakt selbst keine Rechtssätze, eine normative Kraft entfaltet er aber dadurch, daß nunmehr für diesen Fall das bereits gesetzte Recht anzuwenden ist".²²⁵⁾ Die Begründung dieses Satzes entnimmt das Gericht jedoch zu Unrecht den Materialien des Wehrpflichtgesetzes. Aus ihnen kann nicht entnommen werden, daß der Bundestag meinte, das Recht des § 6 Abs. 6 WPflG sei ein Ausfluß der politischen Regierungsgewalt.²²⁶⁾

Ein Fehlzitat trägt aber keine Entscheidung. Doch auch wenn man davon einmal absieht, kann man die Entscheidungsbegründung immer noch im Hinweis auf die politische Gewalt der Regierung zu finden suchen. Aus dem früheren Gesagten ergibt sich jedoch, daß auch sie eine Leerformel ist. Die Entscheidung zwingt also geradezu dazu, die Frage nach der Form der Veröffentlichung neu zu stellen. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil der Bundestag inzwischen deutlich gemacht hat, daß er die Feststellungen anders wertet. Er hat der Bundesregierung alle Befugnisse, Feststellungen zu treffen, die er ihr durch die ursprüngliche Fassung der einfachen Notstandsgesetze eingeräumt hat, in der Novellierung wieder genommen und sich selbst die Entscheidung vorbehalten. An die Stelle der Feststellungen der Bundesregierung trat der Beschluß des Bundestages gem. Art. 80 a GG.

Den Zweck des Gesetzes sieht man seit langem in seiner sozialen Schrankenziehung, in seiner Funktion, die Sphäre der freien Tätigkeit von Personen gegeneinander abzugrenzen,²²⁷⁾ die Freiheitssphäre des Einzelnen zu um-

224) BVerwG vom 12.10.1962, BVerwGE 15, S. 63 ff.

225) BVerwG in der Entscheidung vom 12.10.1962, BVerfGE 15, S. 63 ff. (S. 65).

226) BVerwG, a. a. O., S. 65 unter Berufung auf BuTag Sten. Ber. 3. Wahlperiode, Bd. 46, S. 6897 ff. und BuTag Sten. Ber. 2. Wahlperiode, Bd. 33, S. 9738 ff.

227) Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 240.

schreiben. 228) Diesen Zweck können Gesetze nur erfüllen, wenn sie veröffentlicht werden; denn nur wer die Norm kennt, kann sein Handeln nach ihr einrichten. 229) Nur wenn die gesetzlichen Grundlagen bekannt sind, können alle staatlichen Akte auf ihre Übereinstimmung mit ihnen geprüft werden, ist die Herrschaft des Gesetzes garantiert. 230) Es ist jedoch eine Fiktion anzunehmen, jeder kenne jede gesetzliche Bestimmung. Deshalb schuf man ein Publikationsorgan, das nur den Zweck hat, Gesetze und Verordnungen zu veröffentlichen. 231) Ihr Monopol für die Verkündung von Gesetzen, konzentriert die Suche nach der einschlägigen Norm.

Da die von den Feststellungen beherrschten Normen ruhen, solange die Feststellung nicht ergangen ist, muß dem Bürger, der aus einer solchen Norm in Anspruch genommen werden soll, die Möglichkeit gegeben werden, im Bundesgesetzblatt nachzuprüfen, ob die Feststellung bzw. der Beschluß des Bundestages ergangen ist. Denn aus seinem eigenen Erfahrungskreis kann er nicht ablesen, ob der Beschluß gefaßt wurde und ob er in der richtigen Form zustande gekommen ist.

Die Geltung dieses Grundsatzes läßt sich aus dem Grundgesetz belegen: Trifft der Gesetzgeber selbst die Entscheidung über eine neue Regelung, gilt Art. 82 GG uneingeschränkt. Aber auch darüber hinaus hat ihm der Parlamentarische Rat Wirksamkeit verschafft. Rechtsverordnungen materiellen Inhaltes, die nur erlassen werden dürfen, wenn der Gesetzgeber selbst die grundsätzliche Antwort über das "Ob" und das "Wie" gegeben hat (Art. 80 GG), sind im Bundesgesetzblatt zu verkünden (Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG). Bestimmungen, durch die eine Ermächtigung, zum Erlaß von Rechtsverordnungen weiter übertragen wird, bedürfen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG der Form der Rechtsverordnung, also der Verkündung gemäß Art. 82 GG.

Hat die Verfassung aber für drei Aspekte des gesetzgeberischen Ermessens eine einheitliche Regelung vorgeschrieben, so ist anzunehmen, daß sie auch für den verbleibenden gilt. Das ergibt sich, wenn man dem Grunde des Fehlens

228) BVerfG vom 3. 2. 1959, Verw. Rspr. 12, S. 15.

229) Darin liegt die allgemein hervorgehobene Funktion der Verkündung. Vgl. Josef Lukas, Über Gesetzespublikation, S. 1 ff.; Paul Laband, Die Verkündung von Rechtsverordnungen, AöR 18, S. 309 f.; Werner Weber, Die Verkündung von Rechtsvorschriften, S. 7; Friedrich Giese, Verkündung und Gesetzeskraft, AöR 76, S. 467; Fred Sahlmüller, Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen in Bund und Ländern, S. 69 f.

230) Maunz-Dürig, Rdn. 58, 59 zu Art. 20 GG.

231) Eine nähere Darstellung findet sich bei Josef Lukas, Über die Gesetzespublikation in Österreich und im Deutschen Reich passim, insbesondere S. 155.

nachspürt. Sie dürfte fehlen, weil es der Verfassungsgesetzgeber nicht als möglich erachtete, daß die Frage des "Von-wann-ab" eine eigenständige Bedeutung erlangen kann. Das läßt sich aus Art. 82 Abs. 2 GG ablesen. Es ist nur eine Sollbestimmung, daß der Termin des In-Kraft-tretens angegeben wird. Fehlt sie, so tritt an ihre Stelle eine ergänzende Regelung der Verfassung, was für alle anderen Aspekte undenkbar erscheint (Art. 82 Abs. 2 Satz 2 GG).

Der Termin des In-Kraft-tretens kann jedoch auch sehr bedeutsam sein, was sich aus langen Übergangsfristen ablesen läßt. Das Bürgerliche Gesetzbuch trägt das Datum vom 18.8.1896, trat aber erst am 1.1.1900, also mehr als drei Jahre später in Kraft. Ein moderneres Beispiel läßt sich dem Steuerrecht entnehmen: Das neue Umsatzsteuerrecht (Mehrwertsteuer) wurde am 29.5.1967 ausgefertigt und trat erst sieben Monate später am 1.1.1968 in Kraft, was in Kreisen der Wirtschaft als "überhastet" gebranntmarkt wurde.

Aus diesem Zusammenhang der Verfassung ist in einer Novelle zum Grundgesetz (Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24.6.1968) für einen Spezialfall die Konsequenz gezogen worden: Die Feststellung, daß das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird, oder ein solcher Angriff unmittelbar droht, ist vom Bundespräsidenten im Bundesgesetzblatt zu verkünden (Art. 115 a Abs. 3 Satz 2 GG).

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß die Beschlüsse nach Art. 80 a Abs. 1 GG im Bundesgesetzblatt zu verkünden sind. Das gleiche gilt für die Anordnung der Bundesregierung nach § 6 Abs. 6 WPflG, in der nichts anderes gesehen werden kann, als die Delegation des Teiles des gesetzgeberischen Ermessens auf die Bundesregierung, der auf die Fragen "Von-wann-ab" antwortet. Nur bei dieser Betrachtung wird die Einheitlichkeit, die Anordnung und Beschlüsse auf der Rechtsfolgeseite zeigen, auch in die rechtliche Würdigung übernommen.

3. Die Möglichkeit einer Analogie zu Art. 115 a Abs. 3 Satz 2 GG

Der Feststellung nach Art. 80 a GG und der Feststellung, daß der Verteidigungsfall eingetreten ist (Art. 115 a Abs. 1 GG) ist gemeinsam, daß sie nur eine temporäre Bedeutung haben und auch nur haben sollen. Sie gelten für die politische Krise, für die sie erlassen worden sind, und sollen nicht einen Dauerzustand einleiten. Außerdem ist ihre Verkündung, vor allem bei einer raschen Entwicklung der Krise eilbedürftig. Man kann sich deshalb überlegen, ob man Art. 115 a Abs. 3 Satz 2 GG analog anwendet und in Eilfällen jede geeignet erscheinende Verkündung als ausreichend anerkennt, wenn die Verkündung im Bundesgesetzblatt bald möglichst nachgeholt wird.

Gegen die Analogie spricht der Ausnahmecharakter der Bestimmung. Denn grundsätzlich muß eine Bestimmung verkündet sein, damit sie in Kraft treten kann. 232) Verkündet werden muß auch das Gesetz, das diese Regel durchbricht, das Gesetz mit rückwirkender Kraft. 233) Davon soll hier eine Ausnahme zugelassen werden.

Andererseits kann das Bedürfnis für eine Analogie kaum gezeugnet werden. Es ist nicht auszuschließen, daß sich eine Krise außerordentlich schnell entwickelt; dementsprechend müssen auch die Maßnahmen, die für den Fall getroffen werden, daß es nicht gelingt, eine politische Lösung der Krise zu finden, außerordentlich schnell eingeleitet werden können, soll nicht unwiderbringliche Zeit vergeudet werden. Die Gefahr, daß eine an sich Erfolg versprechende Verteidigung unmöglich wird, läßt es angezeigt sein, formale Bedenken hintanzustellen, nämlich daß es sich um eine Analogie zu einer Ausnahmenvorschrift handelt. Für den Fall, daß sich die Krise außerordentlich schnell entwickelt, muß daher die Möglichkeit eingeräumt werden, daß die Feststellungen formlos verkündet werden, etwa durch Mitteilungen im Rundfunk, Fernsehen oder in der Tagespresse. Entsprechend Art. 115 a Abs. 3 Satz 2 GG ist die Verkündung im Bundesgesetzblatt nachzuholen, sobald es die Umstände zulassen.

Für die Analogie spricht noch eine andere Überlegung: Die Gesetzblätter wurden als Ort für die Verkündung von Gesetzen und gesetzlichen Vorschriften eingerichtet, um die Suche nach der einschlägigen Norm auf ein einziges Organ zu konzentrieren. Die Feststellungen sind Antwort auf eine ganz konkrete politische Krise und sind nur dazu bestimmt, der ihr nach der Überzeugung der verantwortlichen deutschen Politiker innewohnenden Möglichkeit eines militärischen Konflikts zu begegnen. Sie verliert ihre Bedeutung, wenn der Verteidigungsfall eintritt oder eine politische Lösung gefunden wurde. In beiden Fällen bringen nur noch Historiker Interesse dafür auf, in welchem genauen Zeitpunkt sie wirksam geworden sind. Dieser Umstand unterscheidet die Feststellungen fundamental von allen anderen gesetzlichen Bestimmungen, die nach ihrem Wortlaut und ihrem Sinn für einen unbestimmten Zeitraum gelten.

4. Ergebnis und Folge eines Verkündungsfehlers

Auch die gem. Art. 80 a GG gefaßten Beschlüsse des Bundestages müssen, ebenso wie die Feststellungen und Anordnungen der Bundesregierung, im Bundesgesetzblatt verkündet werden. Eine Ausnahme gilt in Analogie zu Art. 115 a

232) in diesem Sinne beispielsweise BVerwG vom 29.8.1961, BayVBl 62, S. 53.

233) zum Problem der Gesetze mit Rückwirkung vgl. die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 7.11.1961, BayVBl. '62, S. 83.

Abs. 3 Satz 2 GG, wenn die politischen Ereignisse so rasch aufeinander folgen, daß entscheidende Verteidigungsmaßnahmen nicht mehr wirksam würden, würde der Verkündungsakt abgewartet werden. Die Publikation muß jedoch nachgeholt werden, wenn es die Umstände erlauben.

Ist die Entschließung des Parlaments oder der Beschluß der Bundesregierung nicht verkündet worden, so sind die einzelnen Verwaltungsakte, die von der Feststellung abhängen, nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Es ist gesetzlich nicht vorgesehen, daß der Zeitpunkt der Entschließung im schriftlichen Bescheid mitgeteilt wird. Nach der herrschenden, subjektiven Evidenztheorie kommt es jedoch für die Nichtigkeit darauf an, daß die Fehlerhaftigkeit dem Staatsakt "auf der Stirn geschrieben steht". Dem einzelnen Heranziehungsbescheid kann der Mangel förmlicher Verkündung nicht entnommen werden.

E. MÜSSEN ALLE FESTSTELLUNGEN
IN DIE KOMPETENZ DES PARLAMENTS
GEGEBEN WERDEN?

1. Die Problemstellung

Wir fanden, daß die Gerichte bei den Feststellungen ihrer Kontrollaufgabe nur in engen Grenzen gerecht werden können. Sie dürfen sie nur aufheben, wenn der Nachweis mißbräuchlicher Anwendung geführt worden ist. Leider aber erscheint auch die Gewaltenbalancierung durch das Mitwirkungsrecht des Parlaments nicht gelungen, weil bei der Bundesregierung Befugnisse verblieben, die es ihr erlauben, das Parlament zu überspielen. Wie schon erwähnt, sind die Anordnungen nach § 83 BLG, § 6 Abs. 6 und § 8 Abs. 2 ZSchuKG nicht an eine Zustimmung parlamentarischer Gremien gebunden. Gerade aber die Einberufung von Wehrpflichtigen in großer Zahl wird als wichtiges Indiz für die Kriegsbereitschaft eines Staates gewertet. Die Regierung vermag daher, wenn sie von ihren Befugnissen in einem politisch ungünstigen Zeitpunkt Gebrauch macht, eine Krise so zu verschärfen, daß die weiteren Entscheidungen zwangsläufig erfolgen müssen. So vermag sie den Bundestag, der auf ihre Entscheidungen mäßigend Einfluß nehmen soll, auszuspielen. Damit erweist sich die Regierung als die eigentliche Herrin über den Notstand. Die Freiheit aber ist verloren, wenn sich die Staatsgewalt in einer Hand vereinigt (Montesquieu). ¹⁾

Die vorgefundene Regelung muß daher darauf überprüft werden, ob sie im Widerspruch zu Grundprinzipien der Verfassung steht.

Gegen die Annahme eines Verfassungsverstößes spricht der Umstand, daß der Ausnahmezustand seit Jahrhunderten im Zeichen von Maßnahmen steht, die die Regierung oder ihr nachgeordnete Behörden ergreifen. Wenn darin ein Grundprinzip des Notrechts liegt, müßten die Artikel 80 a und 115 a GG als Ausnahmebestimmungen verstanden werden, deren Durchbrechung lediglich die Regel wieder herstellen würde. Man wird daher der Berechtigung staatsnotrechtlicher Bestimmungen nachgehen müssen. Sind die Konzeptionen, nach denen der Notstand die Stunde der Exekutive darstellt, als überholt anzusehen, so bietet sich die Gewaltenteilung als Maßstab an, die Inkonsequenz des Gesetzgebers auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.

1) Esprit des Lois, XI, Chapitre 6.

2. Ausgrenzungen

a) Das Staatsnotrecht

Ein illustratives Beispiel für die Anwendung des übergesetzlichen Staatsnotrechts findet sich in Churchills Memoiren.²⁾ Im Waffenstillstandsabkommen zwischen Frankreich und Deutschland (1941) wurde bestimmt, daß die französische Flotte in bestimmten Häfen unter deutscher oder italienischer Kontrolle demobilisiert werden soll. Deutschland hatte sich verpflichtet, diese Einheiten nicht zu eigenen Zwecken zu verwenden. England schenkte dieser deutschen Zusicherung keinen Glauben und sah seine Sicherheit aufs äußerste bedroht, da es zu einer bedeutenden Verstärkung der deutschen Hochseekräfte geführt hätte. In dieser Situation zauderte das englische Kabinett keinen Augenblick, die notwendigen Beschlüsse zu fassen. Es gab seinen Kapitänen das Recht, französische Schiffe, die sich nicht der englischen Flotte anschließen und nicht bereit sind, sich in neutralen Gewässern kriegsuntüchtig zu machen, zu versenken. So kam es vor Oran zu einer Beschießung französischer Flotteneinheiten, durch die die französischen Schiffe entweder versenkt oder zumindest schwer beschädigt wurden.

Churchill rechtfertigte sein Vorgehen folgendermaßen:³⁾ Das war ein höchst widerwärtiger Beschluß, der widerwärtigste und unnatürlichste, den ich je zu fassen hatte ... Andererseits stand das Dasein des Staates und das Heil unserer Sache auf dem Spiel. Es war eine griechische Tragödie. Doch keine Tat war je notwendiger für das Leben Englands und für alles, was davon abhing. Daß der Befehl dennoch rechtswidrig war, bezweifelt niemand.⁴⁾ Die Ausführungen verdienen auch nicht als Rechtfertigung unser Interesse, sondern wegen der Art, wie argumentiert wird. Die brutale Durchsetzung der Staatsräson wird verbrämt durch eine rudimentäre Güterabwägung. Sie ist rudimentär, weil die Gefährdung der englischen Sicherheit nur vermutet werden konnte, aber dennoch als feste Tatsache in die Rechnung eingestellt wurde.

Radikal verkürzte Güterabwägungen sind typisch für die Begründungen der meisten Autoren, die sich für die Annahme eines überpositiven, positives Recht derogierendes Staatsnotrecht einsetzen. So ist Rudolf Ihering bereit, trotz einer absoluten verfassungsrechtlich verbürgten Eigentumsgarantie, ein Haus abreißen zu lassen, wenn anders eine Festung nicht verteidigt werden kann.⁵⁾ Auf dem

2) Winston Churchill, Memoiren, Bd. 2: Englands größte Stunde, S. 281 ff.

3) Churchill, a. a. O., S. 282.

4) Hans Ulrich Evers, Notstand - Grenze des Rechtsstaates, in: Aus Politik und Zeitgeschichte Nr. 43/65, S. 6.

5) Rudolf Ihering, Der Zweck im Recht, 1. Bd. (5. Aufl.), S. 329.

gleichen Wege leitet ein älterer schweizer Autor das Recht der Exekutive ab, Notverordnungen zu erlassen, die in grundrechtsgeschützte Räume eingreifen.⁶⁾ Es erlaubt v. d. Heydte mit dieser Überlegung staatlichen Organen, die Fesseln der Kompetenznormen abzuwerfen, da alle Verfassungsnormen unter einer ungeschriebenen *clausula rebus sic stantibus* stehen, die sie derogiert, wenn anders staatliche Macht nicht aufrecht erhalten werden kann.⁷⁾ Für Nawiasky ist es ein Gebot der Vernunft, den Staat nicht über rechtliche Schranken zugrunde gehen zu lassen.⁸⁾ Die Tendenz, im modernen Staate die Rechte der Exekutive immer genauer zu fixieren, den Handlungsspielraum des Staates immer weiter einzugrenzen, bewegt Herbert Krüger dazu für ein ungeschriebenes Staatsnotrecht einzutreten, damit die Exekutive wieder in die Lage gesetzt wird, außergewöhnlichen Situationen gerecht zu werden.⁹⁾

Der Begriff des Staatsnotrechts hat eine alte Tradition.¹⁰⁾ Schon Cicero prägte den Satz "*salus populi suprema lex esto*" (de legibus III 3). Seitdem hat es immer wieder Denker gegeben, die unter Zugrundelegung der verschiedensten Gesichtspunkte für das überpositive Staatsnotrecht eingetreten sind. So personifizierte Bluntschli¹¹⁾ den Staat mit einer Person und gestand ihm, wie jeder anderen, das Recht zu Notwehr zu, sein Leben, seine Freiheit zu verteidigen. In der Nachfolge der Neuhegelianer bemerkt Scheuner zu diesem Problem: "... eine staatsrechtliche Anschauung, die überpositive Grundsätze der Rechtsordnung kennt, wird die Ansicht vertreten, daß zum ungeschriebenen, gewissermaßen naturrechtlichen Bestand jeder Verfassung ein letztes Recht der Selbstverteidigung gehört".¹²⁾

Damit mögen genügend Sichtmarken aus dem angesprochenen Problemfeld gegeben sein; denn in ihnen treten die beiden Grundtypen möglicher Argumentation hervor.¹³⁾

-
- 6) v. Waldkirch, Die Notverordnungen im Schweizer Bundesstaatsrecht, jur. Diss., Bern 1915 (zitiert nach Carré de Malberg, Contribution Bd. I, S. 613 in der Fußnote).
 - 7) August Freiherr von der Heydte, Staatsnotrecht und Gesetzgebungsnotstand, in: Festschr. Laforet, S. 59.
 - 8) Hans Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, Bd. II, 2 S. 108.
 - 9) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 310.
 - 10) Hans Ernst Folz, Staatsnotstand und Notstandsrecht, S. 152 ff.
 - 11) J. C. Bluntschli, Notrecht, in: Deutsches Staatswörterbuch, 7. Bd., S. 334 ff.
 - 12) Ulrich Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: Kaufmann-Festschrift, S. 318.
 - 13) Daß es nicht mehr sind, ergibt sich aus dem Buche von Hans Ernst Folz, Staatsnotstand und Notstandsrecht, S. 152 ff., das auch einen rechtsvergleichenden Überblick enthält.

Bluntschli und Scheuner geben Staatsvorstellungen Raum, die die Gemeinschaft, den Staat, über das Individuum stellen. Denn im Konfliktsfalle geben sie den wirklichen oder vermeindlichen Interessen des Staates den Vorrang über denen des Einzelnen. Im Notstand lassen sie eine Ausgangsvermutung zu ungunsten des Bürgers gelten. Dem Einzelnen wird das Risiko, die "Beweislast" aufgebürdet, nachzuweisen, daß seine Rechtsverfolgung den Staatsinteressen nicht abträglich ist.

Das Grundgesetz macht aber schon in seiner Aufgliederung deutlich, daß der Vorrang dem Individuum und seinen Rechten gebührt. Es nennt in Art. 1 GG es die vornehmste Aufgabe aller staatlichen Gewalt, das Individuum zu schützen. Das gestaltet das Verhältnis des Individuums zum Staate grundsätzlich anders als in den aufgeführten Doktrinen. Es verwehrt es der staatlichen Macht, auch nur einen Augenblick, nur an sich zu denken. Deshalb müssen die Auffassungen von Bluntschli und Scheuner verworfen werden. Sie predigen eine absolute, expansive Staatszwecklehre ¹⁴⁾ und stehen deshalb in Gefahr, nur noch eine Daseinsebene im Staate anzuerkennen, die des staatlichen, und führen konsequent fortgesetzt zu einer totalitären Herrschaft. ¹⁵⁾

Es verbleiben die Theorien, die sich in ihrer Begründung auf eine rudimentäre Güterabwägung stützen. Sie trifft das Argument nicht, daß es im Verfassungsstaat keine Berufung auf ein übergesetzliches Recht geben könne. ¹⁶⁾ Denn es umschließt einen Zirkelschluß. Das Grundgesetz anerkennt die Menschenwürde als ein überpositives Rechtsgut und beugt sich vor ihm. Deshalb können auch andere überpositive Rechtsgüter anerkannt werden, denen die Kraft zukommt, positive Normen zu derogieren. Die Argumentation gilt nur dann, wenn der Nachweis erbracht ist, daß es das Staatsnotrecht als überpositives Recht nicht gibt.

Die Lösung kommt in Sicht, wenn man den Rechtsstaat nicht als Gegensatz zur Existenzfähigkeit des Staates setzt, ¹⁷⁾ sondern sich darüber klar wird, daß im Ausnahmezustand der Staat als freiheitlicher Rechtsstaat in Frage steht. ¹⁸⁾ Das verweist auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dessen Forderungen sich

14) in der Terminologie von Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 242 ff.

15) In dieser Verkürzung sieht J. L. Talmon, Die Ursprünge der totalitären Demokratie, S. 2, das Kennzeichen einer totalitären Herrschaft.

16) in diesem Sinne Jürgen Seifert, Notstand und Verfassung, in: Atomzeitalter 1966, S. 116.

17) Hans Ernst Folz, a. a. O., S. 169, macht diesen Fehler, und kann deshalb nicht umhin, das Staatsnotrecht anzuerkennen.

18) Peter Schneider, Notstandsrecht, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1375.

aus dem Vorgang einer Güterabwägung ermitteln lassen, also letztlich auf die Gerechtigkeit. 19) Staatsnotrecht ist keine Frage der Praktikabilität, sondern der Gerechtigkeit.

Das Grundgesetz hat sich in Art. 20 GG für den Rechtsstaat, und zwar für einen material verstandenen Rechtsstaat entschieden. Durch die Bundesrepublik soll ein Staat verwirklicht werden, in dem die Idee der Gerechtigkeit verwirklicht werden soll, und nicht eine nur formale Gesetzmäßigkeit. 20)

Steht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Zentrum der Idee der Gerechtigkeit, so kann man sich auf ein Staatsnotrecht berufen, falls eine sorgfältig durchgeführte Güterabwägung die in Frage stehende konkrete Einzelmaßnahme rechtfertigt. Das läßt sich beispielsweise in dem von Ihering vorgetragenen Beispiel annehmen.

In dieser Überlegung liegt jedoch eine Gefahr, die nicht übersehen werden darf. Die Berufung auf das überpositive Staatsnotrecht ermöglicht, sofern man es anerkennt, tiefe Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers. Nicht vorhersehbar sind aber die Eingriffstiefe und der Eingriffszeitpunkt im konkreten Fall. Denn die Güterabwägung führt nicht immer und in jedem Fall zu eindeutigen Lösungen. Sie spart den Bereich aus, der an anderer Stelle "gesetzgeberisches Ermessen" genannt wurde. Deshalb muß eine Rechtsfindung, die sich erst im konkreten Fall auf die Güterabwägung beruft, notwendig mit dem Bestimmtheitserfordernis in Konflikt geraten. Sie muß sich über den Grundsatz der Teilung der Gewalten hinwegsetzen; denn es macht die Normen der Anwender, und nicht ein von ihm geschiedener Gesetzgeber. Nicht eingehalten werden kann der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, denn Gesetze sind überflüssig.

Eine auf ein Staatsnotrecht gestützte Notrechtspraxis muß also die formellen Garantieprinzipien 21) der Bestimmtheit, der Gewaltenteilung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aufgeben. Die Verletzung eines oder mehrerer formeller Garantieprinzipien bedeutet aber die Verletzung des Wesensgehaltes der Grundrechte, denn sie verwischt die Grenze von freiheitlicher Regel und freiheitsbeschränkender Ausnahme. 22) Mit der Anerkennung des Staatsnotrechts als eines Rechtfertigungsgrundes wird der Wesensgehalt der Grundrechte, ihr Garantiegehalt, preisgegeben und damit die Würde der Person verletzt. Das so legal erscheinende Etikett "Staatsnotrecht" führt zur Aufgabe des Rechtsstaates zur

19) Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, § 33 III 3 e, S. 375.

20) Maunz-Dürig, Rdn. 59 zu Art. 20 GG.

21) Begriff von Peter Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit, S. 114 f.

22) Peter Schneider, a. a. O., S. 115.

Reinthronisierung der Staatsräson. 23)

So beschreitet Carré de Malberg den einzig möglichen Weg, wenn er die schweizer Vollmachtenpraxis des ersten Weltkrieges, mit der legitimierenden Kraft eines Mehrheitsbeschlusses der Bundesversammlung rechtfertigt und darauf verweist, daß sie durch die öffentliche Meinung ratifiziert wurde. 24) Der Weg läßt sich nur beschreiten, wenn man dem Parlament Souveränität zugesteht. Für das Grundgesetz hat Hans Peters jedoch mit Recht die Meinung vertreten, daß die Entscheidungsfreiheit der Mehrheit ihre Grenze an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit findet. 25) Diese aber verbieten die Anerkennung des Staatsnotrechts.

b) Notstand - Stunde der Exekutive? (rechtsvergleichender Überblick)

Der ehemalige Bundesinnenminister Schröder rechtfertigte die Grundtendenz des von ihm eingebrachten Entwurfs einer Notstandsverfassung mit einem apodiktischen Satz: "Die Ausnahmesituation ist die Stunde der Exekutive". 26) Wenn das uneingeschränkt richtig ist, ist es unsinnig, danach zu fragen, ob das Parlament nicht alle Feststellungen treffen sollte. Denn jede andere Regelung

-
- 23) Zu dieser Auffassung haben sich bekannt: Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, § 13 VI 3, S. 109; Maunz-Dürig, Rdn. 59 zu Art. 20 GG; Peter Schneider, Über das Verhältnis von Recht und Macht, in: Leibholz-Festschrift, Bd. 1, S. 573 (S. 575-578); Hans Ulrich Evers, Notstand, Grenze des Rechtsstaates, in: Aus Politik und Zeitgeschichte Nr. 43/65, S. 6; Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 359; Richard Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: HbDStR 2. Bd. § 76, S. 231 f.; Richard Grau, Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, HbDStR 2. Bd. § 80, S. 276; Helmut Ridder, Referat zum 1. Hearing, Protokolle, S. 72; Peter Schneider, Über das Verhältnis von Recht und Macht, a. a. O., S. 587; derselbe, Notstandsrecht, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1375 oben; Giacometti-Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 789; Werner Kägi, Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 118; Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 157.
- 24) Carré de Malberg, Contribution à la Théorie général de l'État, 1. Bd., S. 620 (in der Fußnote).
- 25) Hans Peters, Demokratie, in: Staatslexikon der Görresgesellschaft, 2. Bd., Sp. 560 ff. (Sp. 564).
- 26) Gerhard Schröder am 28. 9. 1958 vor dem Deutschen Bundestag (Sten. Prot. 3. Wahlperiode, 124. Sitzung, S. 7177 (C)).

als die, die alle Macht in die Hände der Exekutive legt, wäre eine Ausnahme; nur wenn die Macht der Exekutive gestärkt wird, wird "richtiges" Recht gesetzt.

Fundament einer solchen Darstellung ist die Vorstellung, daß in der Natur der Sache richtiges Recht zutage tritt, die natürliche Ordnung der Dinge angegeben wird. Diesen Gedanken hat Erik Wolf in naturrechtliche Vorstellungen eingeordnet ²⁷⁾ und dabei auf seine lange Tradition hingewiesen. Seine Ursprünge dürften im römischen *jus gentium* zu suchen sein. ²⁸⁾

Das Problem dieses Denkansatzes liegt darin, wie man die objektive Struktur der Dinge erkennen kann. Denn wenn es nicht möglich ist, bleibt die Natur der Sache eine Leerformel. Für diese Arbeit soll unter Verzicht auf eine erkenntnistheoretische Diskussion die Position derjenigen übernommen werden, die glauben, durch eine vertiefte Rechtsvergleichung dem Wesen der rechtlichen Institutionen nachspüren zu können. ²⁹⁾

Eine Untersuchung der positiven Regelungen der europäischen Staaten des Westens, ³⁰⁾ sowie der wichtigen NATO-Länder USA und Kanada, führt zu drei Grundtypen von Regelungen. Die Untersuchung erstreckt sich auf diese Länder, weil ihre Verfassung in vielem auf gleichen geistigen Grundlagen beruht, wie das Grundgesetz.

Als Modellfall für den ersten Regelungstyp sei kurz auf die schweizer Rechtslage eingegangen. ³¹⁾ Die Bundesverfassung von 1874 kennt keine allgemeine Notstandsklausel. Die Praxis gleicht diesen Mangel dadurch aus, daß die Bundesversammlung die Regierung (den Bundesrat) bevollmächtigt, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, die Sicherheit, Unabhängigkeit, Neutralität der Schweiz zu behaupten, den Kredit und die wirtschaftlichen Interessen zu wahren und den Lebensunterhalt der Bevölkerung zu sichern. Diese Vollmachtenbeschlüsse lassen sich nach fast einhelliger Meinung schweizer Autoren nicht auf die Verfassung stützen, ³²⁾ sondern ergingen präter Constitutionem. ³³⁾ Das bringt die Form

27) Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, S. 79 ff.

28) Erik Wolf, a. a. O., S. 80.

29) Erik Wolf, a. a. O., S. 151 f. nennt folgende Autoren: Josef Kohler, Eugen Huber, und Max Weber.

30) Ihr wurden die deutschen Übersetzungen der ausländischen Verfassungen zugrunde gelegt, in der von Peter Cornelius Mayer-Tasch besorgten Ausgabe.

31) Grundlage ist der von Hans Huber für das vierte Hearing erstattete Bericht (Sten. Prot. S. 17-23).

32) Gegen die Rechtfertigung der Vollmachtenbeschlüsse: Zaccharia Giacometti, *Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft*, Zürich 1945, S. 51; Richard Pestalozzi, *Die Notgesetzgebung*, jur. Diss., Zürich 1944, S. 43; Thomas Speiser, *Vom Notrecht im formellen und materiellen Sinne*, jur.

des Vollmachtenbeschlusses von 1939 sogar zum Ausdruck. Über die Einhaltung der Vollmachtenbeschlüsse wachte nicht das Bundesgericht, sondern die sog. Vollmachtenkommissionen, Ausschüsse, die von beiden Kammern des Parlaments beschickt wurden. 34)

Durch diese Praxis brachte das Parlament klar zum Ausdruck, daß es selbst Herr über den Ausnahmezustand ist, und nur zu Gunsten der Effektivität Konzessionen an die Regierung macht. Die Regierung darf erst tätig werden, wenn das Parlament gesprochen hat.

Die Merkmale dieses Typus erfüllen, trotz unterschiedlicher Regelungen, vor allem auf dem Gebiete der Vorsorgegesetzgebung, die Verfassungsordnungen Belgiens, 35) Großbritanniens 36) (sofern man nicht wegen der königlichen Prärogativrechte und dem Emergency Powers Act eine andere Einordnung vorzieht), Finnlands, 37) Norwegens, 38) Islands, 39) Schwedens, 40) der Türkei, 41) Luxemburgs 42) und Portugals. 43)

Als Modellfall für den zweiten Typ sei die italienische Regelung vorgetragen, wie sie sich aus Art. 77 Abs. 2 der Verfassung vom 1. Januar 1948 ergibt.

Fortsetzung der Fußn. 32) von S. 118:

Diss., Zürich 1952, S. 97; Werner Suter, Notrecht und außerordentliche Vollmachten im schweizerischen Bundesstaatsrecht, S. 152; Hans Huber, Bericht beim 4. Hearing, Protokoll, S. 17.

33) Thomas Speiser, a. a. O., S. 20 ff.

34) Vgl. dazu Markus Hefti, Rechtsstellung und Tätigkeit der Vollmachtenkommissionen der eidgenössischen Räte im zweiten Weltkrieg und in der Nachkriegszeit, jur. Diss., Zürich 1951, S. 35 ff.

35) Verglichen wurden: Hans Ballreich, Das Staatsnotrecht in Belgien, in: Das Staatsnotrecht, S. 1-28; Hermann Mosler, Bericht beim 4. Hearing, Protokoll, S. 9; Ernst Benda, Notstandsverfassung, S. 48.

36) nach: Günther Jaenicke, Das Staatsnotrecht in Großbritannien, in: Das Staatsnotrecht, S. 59 ff.; Ernst Benda, a. a. O., S. 42 ff.; BuTagsDrucks. V 1879, S. 8.

37) Bericht von Petrén beim 4. Hearing, Protokoll, S. 39 f.

38) Petrén, a. a. O., S. 39.

39) Petrén, a. a. O., S. 39.

40) Petrén, a. a. O., S. 40 ff.; Benda, a. a. O., S. 50 ff.

41) vgl. Art. 66 und 124 der Türkischen Verfassung vom 27. 5. 1961; a. A. Ernst Benda, a. a. O., S. 48.

42) Benda, a. a. O., S. 49.

43) Art. 81 und 91 der portugiesischen Verfassung vom 11. 4. 1933 sowie insbesondere Art. 109 § 3.

Die Vorschrift lautet: "Wenn die Regierung in außerordentlichen Not- und Dringlichkeitsfällen in eigener Verantwortung provisorische Anordnungen mit Gesetzeskraft erläßt, so muß sie diese am gleichen Tage zur Umwandlung in Gesetze den Kammern vorlegen, welche, auch wenn sie aufgelöst sind, eigens einberufen werden und innerhalb von 5 Tagen zusammentreten müssen". Ergänzend sei noch auf Art. 78 verwiesen: "Die Kammern beschließen den Kriegszustand und übertragen der Regierung die notwendigen Vollmachten".

Die zitierten Bestimmungen lassen klar erkennen, daß auch in Italien, das Parlament der Herr über den Ausnahmezustand ist. Daneben, und darin liegt der Unterschied zum ersten Regelungstyp, hat die Regierung jedoch das Recht zu vorläufigen Maßnahmen mit Gesetzeskraft.

Ähnlich sind die Rechtsordnungen von Dänemark, 44) Griechenland, 45) Irland, 46) den Niederlanden 47) und Österreich, 48)

Auf der Grenze zur dritten Gruppe steht die Notstandsregelung der Vereinigten Staaten von Nordamerika, das ist jedenfalls der Grundtenor der Berichte, 49) auch wenn sie sich in Einzelheiten widersprechen. Schon in Friedenszeiten ist dem Präsidenten eine überragende Bedeutung zuerkannt, die in Kriegzeiten noch erweitert wird, indem er die Stellung eines Oberbefehlshabers der Streitkräfte innehat und seine Machtvollkommenheit durch die Theorie von den "inherent powers" noch abgerundet wird. Diese Theorie besagt, daß der Stellung des Präsidenten bestimmte außerordentliche Befugnisse inherent sind, die jedoch nur in Krisenzeiten ausgeübt werden können, weil sie dann als notwendig

44) § 23 der Verfassung vom 5. 6. 1953; dazu Ernst Benda, a. a. O., S. 48; Petrén, a. a. O., S. 39.

45) Berücksichtigt wurde die Verfassung vom 1. 1. 1952 (vgl. Art. 91); Benda, a. a. O., S. 46 f.

46) Art. 28 Abs. 2 Ziff. 2 der Verfassung vom 1. 7. 1937.

47) Vgl. Art. 202, 203 der Verfassung vom 24. 8. 1815; Benda, a. a. O., S. 48; BuTagsDrucks. V 1879, Günter Weis, Das Staatsnotrecht in den Niederlanden, in: Der Staatsnotstand, S. 139 ff. und Hermann Mosler, Bericht beim 4. Hearing, Protokoll, S. 9 ff.

48) Art. 5 Abs. 2, 10 Ziff. 15, 18 Abs. 3, 55 Abs. 2 und 25 der Verfassung vom 10. 11. 1920.

49) Karl Doehring, Das Staatsnotrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Das Staatsnotrecht, S. 209-247; Carl-Christoph Schweitzer, Betrachtungen zur amerikanischen Notstandsgesetzgebung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 3 / 68, S. 21 ff.; Ernst Benda, a. a. O., S. 39 f.; BuTagsDrucks. V 1879, S. 8; Ernst Quaritsch, Bericht vor dem 4. Hearing, Protokoll, S. 31 ff.

erachtet werden, um zu einer sinnvollen Anwendung der Verfassung zu kommen, obwohl man weit über den Wortlaut der Verfassungsbestimmungen hinausgehen muß. 50)

Den sich ständig erweiternden Befugnissen des Präsidenten stemmt sich der Kongreß entgegen, ohne daß es ihm jedoch bisher gelungen ist, zu einer klaren Funktionsabgrenzung zu gelangen, da er in jeden echten Notsituationen gezwungen war, nachzugeben. 51) So steht der Präsident zwar rechtlich unter der Kontrolle des Kongresses; 52) in praxi kann er jedoch außerordentlich weitreichende Notkompetenzen für sich in Anspruch nehmen, regiert er als "kommissarischer Diktator". 53)

Verselbständigt sich die Stellung des Präsidenten oder der Regierung noch mehr, so befindet sich die Regelung im Bereich des dritten Typs. Nach der spanischen Verfassungsgesetzgebung erläßt die Regierung im Ausnahmezustand notwendig werdende, gesetzesvertretende Dekrete, über die sie der Cortes, dem Parlament, Rechenschaft ablegt. Rechenschaft heißt jedoch nicht mehr, als daß die Regierung sie der Cortes zur Kenntnis bringt. Denn ein Gesetz, das sie wieder aufhebt, dürfte kaum zustande kommen, da es der Billigung des Staatspräsidenten bedarf. Zum anderen vermag die Cortes die Regierung nicht zu stürzen. 54) Die wesentlichen Grundrechte sind nicht "notstandsfest", 55) womit die Regierung eine nicht zu überbietende Machtfülle in ihren Händen vereinigt. Bei dieser Regelung ist der Notstand wirklich die "Stunde der Exekutive". Dem Parlament ist nur noch ein einziges Recht verblieben, sein Recht auf Unterrichtung, das jedoch auch eine *lex imperfecta* sein dürfte.

Selbst diesen geringen Rest von Parlamentsrechten kennt die französische Verfassung vom 28.9.1958 nicht mehr. Art. 16, der systematisch im Zusammenhang mit Art. 5 gesehen werden muß, ermächtigt den Präsidenten der Republik, alle den Umständen nach erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, wenn der Bestand des französischen Staates gefährdet und die Funktion der verfassungsmäßigen Gewalten unterbrochen ist. Ob die Voraussetzungen gegeben sind, entscheidet der Präsident nach einer Beratung mit dem Ministerpräsidenten, den Präsidenten der gesetzgebenden Versammlungen und dem Verfassungsrat; ihre

50) Karl Doebling, a. a. O., S. 210 f.

51) Karl Doebling, a. a. O., S. 220 f.; Carl Christoph Schweitzer, a. a. O., S. 22 f.

52) z. B. bei der Feststellung des Notstandes (nach Ernst Benda, a. a. O., S. 40; C. Ch. Schweitzer, a. a. O., S. 26; Quaritsch, a. a. O., S. 33 f.).

53) Quaritsch, a. a. O., S. 33.

54) Vgl. §§ 13 und 16 des Gesetzes über die Bildung der spanischen Cortes vom 9.3.1946.

55) nach Art. 35 der Charta der Spanier vom 17.7.1945.

Voten sind für ihn rechtlich, wohl aber nicht politisch, unbeachtlich. 56)

Die Untersuchung erbrachte den Nachweis, daß der Satz "der Notstand ist die Stunde der Exekutive" nicht durch eine Berufung auf die Natur der Sache gerechtfertigt werden kann. Er ist insoweit richtig, daß in allen Ländern, auch wenn sie keine gesetzliche Vorsorge für den Notfall getroffen haben, der Regierung außerordentliche Vollmachten, zur Bewältigung einer Notsituation eingeräumt sind; falsch aber ist er, wenn er den Nachweis erbringen soll, im Notstand müsse das Parlament notwendig ausgeschaltet werden.

c) Artikel 5 Abs. 2 des Deutschlandvertrages vom 26. 5. 1952

Der in seiner Auslegung bis vor kurzem noch heiß umstrittene Art. 5 Abs. 2 des Deutschlandvertrages vom 26. Mai 1952 (BGBl. 1955 II S. 305)⁵⁷⁾ hat durch die Verabschiedung der deutschen Notstandsregelung seine Bedeutung für das Problem der Arbeit verloren. Durch eine Erklärung vom 27. Mai 1968 verzichteten die ehemaligen Alliierten, auf ihre Rechte aus dieser Bestimmung. 58) Es ist deshalb nicht mehr interessant, der Frage nachzugehen, ob der deutsche Gesetzgeber überhaupt Regelungen treffen sollte, wo im Ernstfalle ja doch nicht die deutsche Norm, sondern das Wort der Alliierten regieren würde.

3. Ist die differenzierte Behandlung der Feststellungen durch den Gesetzgeber folgerichtig?

Das siebzehnte Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 schuf eine neue Gattung von Gesetzen bzw. Vorschriften, Gesetze, die erst nach nochmaliger Beschlußfassung durch den Bundestag angewandt werden dürfen. Die

56) Hermann Mosler, Bericht vor dem 4. Hearing, Protokoll, S. 4.

57) Die Literatur zu dieser Frage ist außerordentlich umfangreich. Hingewiesen sei nur auf folgende neuere Arbeiten: Hans-Ulrich Evers, Rechtsgutachten, in: Material zur Notstandsfrage, S. 70 ff. (mit weiteren Nachweisen); Werner Weber, Rechtsgutachten, in: Material zur Notstandsfrage, S. 33-36; Karlheinz Rode, Notstandsgesetzgebung und alliierte Vorbehaltsrechte, in: DöV 1966, S. 119 ff.; Wolfgang Abendroth, Zusätzliche Notstandsermächtigungen, Das Problem der Grundrechtsänderung II, in: Frankfurter Hefte 1962, S. 244 ff. (S. 250); Helmut Ridder, in: Notstand der Demokratie, S. 43; Abendroth vor dem 1. Hearing, Protokoll, S. 16; Ernst Benda, Die Notstandsverfassung, S. 28-32.

58) Die entsprechenden Noten sind im Bundesgesetzblatt (1968 I S. 714 ff.) zusammen mit der Antwort der Bundesregierung abgedruckt.

normale Ausgestaltung des gewaltenteilenden Staates sieht vor, daß die gesetzgebende Gewalt die notwendigen allgemeinen Regelungen schafft, die von der vollziehenden Gewalt angewendet und deren Einhaltung durch die Gerichte kontrolliert wird. In der Anwendungsphase ist das Parlament auf eine vorsichtig zu handhabende, politische Kontrolle beschränkt, die in ihrer Bedeutung dadurch zurückgegangen ist, daß die Einhaltung des Rechts von den Gerichten überwacht wird. Es bleibt dem Parlament nur noch darüber zu wachen, daß sich die Verwaltung im Rahmen der politischen Intentionen hält, die das Parlament mit der Gesetzgebung verfolgte.

Von diesem Grundsatz weicht Art. 80 a GG dadurch ab, daß sich das Parlament die Prüfung vorbehält, ob die Anwendung der von ihm früher erlassenen Bestimmungen in dem von der Regierung gewünschten Zeitpunkt opportun erscheint. Es will selbst darüber entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Anwendung erfüllt sind. Es nahm damit nicht der Exekutive eine ihr zukommende Aufgabe, sondern es macht deutlich, daß es seine Aufgabe noch nicht voll erfüllt hat. Die Antwort auf die Frage des "Von-wann-ab" stand ja noch aus.

Es teilte die verschiedenen Normen auf mehrere Typen auf: Zum ersten schuf es Bestimmungen, die nur nach Maßgabe von Bestimmungen des Grundgesetzes angewandt werden dürfen (Art. 80 a GG). Dazu zählt in erster Linie das Arbeitssicherstellungsgesetz vom 9. 7. 1968, auf Grund dessen Verpflichtungen nur ausgesprochen werden dürfen, wenn der Bundestag der Anwendung des Gesetzes mit zwei-Drittel-Mehrheit zugestimmt hat oder der Spannungsfall festgestellt wurde (Art. 12 a Abs. 5 Satz 1 und 80 a Abs. 1 GG). Auch die Sicherstellungsgesetze dürfen nur angewandt werden, wenn eine der Voraussetzungen des Art. 80 a GG vorliegt. Im Unterschied zum Arbeitssicherstellungsgesetz kann bei ihnen die Zustimmung zur Anwendung schon mit einfacher Mehrheit erteilt oder durch einen NATO-Beschluß ersetzt werden (Art. 80 a Abs. 1 und 2 GG).

Es sind dies das Wirtschafts-, Verkehrs- und Ernährungssicherstellungsgesetz sowie § 12 Abs. 2 des Katastrophenschutzgesetzes. Es steht zu erwarten, daß zu diesem Kreis auch das Bundesleistungsgesetz gezählt werden kann, da der Bundestag die Regierung aufgefordert hat, eine entsprechende Novelle vorzulegen. 59)

Trotz gleichartiger Auswirkungen hat man die Feststellung nach dem Wehrpflichtgesetz (§§ 6 Abs. 6; 21 a Abs. 5 und 48 Abs. 1 Ziff. 5 WPflG) und nach dem Zivilschutzkorpsgesetz (§ 8 Abs. 2) nicht der Regelung des Art. 80 a GG unterstellt, sondern es der Bundesregierung überlassen, sie zu treffen. Einen Grund für die Differenzierung kann man den gesetzlichen Materialien nicht ent-

59) Beschluß des Deutschen Bundestages vom 30. 5. 1968, Sten. Prot. 5. Dt. Bundestag, S. 9656 (D); Wortlaut: Umdruck Nr. 490, a. a. O., S. 9658 (B).

nehmen. Es heißt dort lediglich: Nach der Konzeption des Rechtsausschusses soll es dem Bundestag freistehen, zu entscheiden, welche Maßnahme er in welche Kategorie einordnet. Andererseits rechtfertigt er die Einführung des Art. 80 a GG folgendermaßen; "Die Einordnung von Gesetzen zur Herstellung erhöhter Verteidigungsbereitschaft soll sich der Bundestag nach den Vorstellungen des Rechtsausschusses selbst vorbehalten. Der Rechtsausschuß geht dabei von der Erwägung aus, daß nicht alle gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen, die der Herstellung der erhöhten Verteidigungsbereitschaft dienen, vor ihrer Anwendung der nochmaligen Zustimmung des Parlaments bedürfen. Das gilt z. B. für solche Maßnahmen, die weder in außerordentlicher Weise in die Freiheitssphäre eingreifen, noch innen- oder außenpolitisch eine Beunruhigung auslösen können. Bei Maßnahmen, die diese Folgen haben können, möchte der Bundestag jedoch die Möglichkeit haben, sie einerseits unter normalen Bedingungen beraten und beschließen zu können, andererseits aber ihre Anwendbarkeit von einer nochmaligen parlamentarischen Beschlußfassung abhängig zu machen. 60)

Demnach wäre die Regelung konsequent an den Vorstellungen des Bundestages ausgerichtet, wenn die verbleibenden Feststellungen weder in außerordentlicher Weise in die Freiheit des Einzelnen eingreifen, noch eine außenpolitische Beunruhigung auszulösen vermögen. Dem ist nachzugehen.

a) Ist eine Unterscheidung nach Eingriffstiefen möglich?

Das Wehrpflichtgesetz - das Zivilschutzkorpsgesetz mag in der Darstellung wegen seiner geringeren Bedeutung zurücktreten - und das Arbeitssicherstellungsgesetz beziehen sich beide nicht auf Sachen, sondern auf menschliche Leistungen, die nur persönlich erbracht werden können. Die Anwendung des einen hängt von einem Beschluß des Bundestages ab, den er nur mit einer Mehrheit von Zweidritteln seiner Mitglieder fassen kann, über die des anderen beschließt die Bundesregierung. Die Voraussetzungen für die Anwendung sind also ganz verschieden; aber sind es auch die Eingriffstiefen, die dadurch ausgelöst werden?

Im Normalfall hält das Arbeitssicherstellungsgesetz den Einzelnen an seinem einmal frei gewählten Arbeitsplatz fest, nimmt ihm also nur das Recht zu kündigen, greift aber sonst nicht in sein Arbeitsverhältnis ein. Im außerberuflichen Leben macht es ihm keine Vorschriften. Er braucht seine Familie und seine gewohnte Umgebung nicht zu verlassen und er braucht nur die Gefahren seines Arbeitsplatzes auf sich zu nehmen. Anders der zur Bundeswehr einberufene Wehrpflichtige. Sein Aufenthaltsort deckt sich gewöhnlich nicht mit seinem Wohnort, er muß sich Tag und Nacht verfügbar halten, ist in die Befehlshierarchie der

60) Vgl. BuTagsDrucks. V / 2873 (Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses) S. 11 unten S. 12 oben.

Armee eingegliedert, und steht im Verteidigungsfall unmittelbar unter der Einwirkung der feindlichen Waffen. Er trägt die Kleidung der Armee und der Acht-Stunden-Tag ist ihm etwas unbekanntes.

Der Vergleich läßt sich fortsetzen, aber schon jetzt ist deutlich, daß dem Soldaten eine weitaus größere Aufgabe persönlicher Freiheit abverlangt wird, als dem Arbeitnehmer. Dazu kommt, daß das ASiG eine weitaus stärkere Sicherung gegen eine mißbräuchliche Anwendung kennt, als das Wehrpflichtgesetz, den qualifizierten Beschluß des Bundestages.

Nach der Eingriffstiefe müßten die Voraussetzungen, unter denen das WPfIG angewandt werden darf, also wesentlich strenger sein, als die, unter denen vom ASiG oder dem KaSchuG (§ 12) Gebrauch gemacht werden kann.

b) Ist die krisenverschärfende Wirkung unterschiedlich?

Max Scheler beginnt seine Reflexionen über den Krieg mit folgendem Satz: "Wie alle ganz großen Dinge reichen die Wurzeln der Erscheinungen, die wir "Krieg" nennen, in die Tiefen des organischen Lebens zurück; aber wie alle großen Dinge ist auch der Krieg etwas eigentümlich menschliches, das nicht als eine gradlinige Weiterentfaltung von Erscheinungen des untermenschlichen Lebens begriffen werden kann". ⁶¹⁾ In dialektischer Verknüpfung werden hier die beiden möglichen Anschauungen darüber vorgestellt, wie ein Krieg entsteht: Man kann im Beginn eines Krieges, wie es Leo Tolstoi in seinem Roman "Krieg und Frieden" zum Ausdruck gebracht hat, als einen von der Geschichte verhängten Schicksalsschlag begreifen, der über die Menschen von Zeit zu Zeit unentrinnbar und unvermeidbar hereinbricht, wie Epidemien über den Erdball zu laufen beginnen. Wer von der Richtigkeit dieser Sicht überzeugt ist, für den ist die Überlegung, ob eine Maßnahme "krisenverschärfend" wirke oder nicht, überflüssig. Ist die Zeit reif, so bricht der Krieg über die Menschen herein, ohne daß das Verhalten ihrer Staatsmänner daran etwas ändern könnte.

Die Gegenposition ist ganz besonders mit Carl v. Clausewitz und seinem Werke "Vom Kriege" verbunden. Sie ist zusammengefaßt in dem einzigen Satz, daß "der Krieg nur ein Teil des politischen Verkehrs sei, also durchaus nichts selbständiges". ⁶²⁾ Er entspringt dem Entschluß des Politikers, der sich seiner zur Durchsetzung politischer Ziele bedient, der über den Grundsatz der Durchführung wacht, und lenkend in ihn eingreift. Die Armee ist Werkzeug zur Ausführung politischer Entscheidungen. Nie aber wird bei Clausewitz der Krieg zu einer sich selbst regulierenden Maschine, die sich weder bremsen, noch beschleunigen

61) Max Scheler, Der Genius des Krieges und der deutsche Krieg, Leipzig 1915, S. 9.

62) Carl v. Clausewitz, Vom Kriege, 16. Aufl., Bonn 1952, S. 888.

nigen läßt, sondern sich ausrasen muß.

Jede dieser beiden Auffassungen sucht ihre Richtigkeit durch Fakten und darauf aufgebauten Philosophien zu beweisen. Sie aber können wir beiseite lassen, denn es ist nicht wichtig, ob eine politische Theorie (philosophische Theorie mit Relevanz im politischen Raum) die Wirklichkeit mehr oder weniger zutreffend wiedergibt, sondern ob sie herrscht, ob die Verantwortlichen ihr Handeln nach ihr ausrichten. 63)

Sollte es zu einem Konflikt in Mitteleuropa kommen, sind daran, solange die europäischen Bündnissysteme nicht aufgelöst sind, nahezu automatisch die beiden Weltmächte, die USA und die UdSSR, beteiligt. Daher kommt es entscheidend darauf an, welcher Theorie sich ihre strategischen Überlegungen annähern, zumal durch sie die strategischen Überlegungen ihrer Bündnispartner geprägt werden.

Die Einstellung der sowjetischen Armeeführung läßt sich aus dem offiziellen, dem von Marschall Sokolowski herausgegebenen Werk "Militärstrategie" ablesen. In ihm wird zwar das Dogma von der Unvermeidlichkeit einer Auseinandersetzung zwischen dem Sozialismus und dem Kapitalismus wiederholt, ohne daß jedoch die These aufgestellt wird, der historische Prozeß kenne feste Daten. Der Ausbruch eines Krieges ist also in keinem Augenblick unvermeidlich, weshalb die sowjetische Strategie in Clausewitz ihren großen Lehrmeister zu sehen vermag. 64) Die Wertschätzung des Werkes von Clausewitz geht auf Lenin zurück, der zu seinen großen Verehrern zählte. Er prägte den Lehrsatz, daß der Krieg dann den stärksten politischen Charakter habe, wenn das militärische Moment am stärksten zu sein scheine. 65) Und zum Kriegsbeginn heißt es bei Sokolowski: "Die Politik bestimmt, wann und zu welchem Zweck das militärische Instrument eingesetzt wird. 66)

Anstelle der Ideologie ist die amerikanische Strategie auf militärtechnische Erfordernisse gegründet, dennoch kommt sie im Ergebnis zu gleichen Schlußfolgerungen; Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg reduzierten die Vereinigten Staaten ihre konventionellen Truppen weitgehend und setzten nur noch auf die abschreckende Wirkung ihres Atommonopols, für das sie die notwendigen Träger-

63) Anatol Rapoport, Tolstoi und Clausewitz, in: Atomzeitalter 1966, S. 261.

64) Sokolowski, Militärstrategie, S. 52 ff.; Raimond L. Garthoff, Sowjetstrategie im Atomzeitalter, S. 22 f.; Henry Kissinger, Atomwaffen und auswärtige Politik, S. 290 ff.

65) Lenin in einer Randglosse zu Clausewitz, zitiert nach H. Kissinger, a. a. O., S. 291.

66) Sokolowski, a. a. O., S. 58, 59.

waffen, die strategische Luftflotte, aufbauten. ⁶⁷⁾ Auf Abschreckung kann aber nur bauen, wer davon überzeugt ist, daß der Krieg auf menschliches Wollen zurückgeht, und nicht von blinden Schicksalsmächten verhängt wird. Die strategischen Diskussionen, ob die Abschreckung beim vorhandenen Potential noch glaubwürdig sei bzw. wie die Glaubwürdigkeit wieder hergestellt werden kann, haben an dieser Grundeinstellung nicht gerührt, sie vielmehr als selbstverständlich vorausgesetzt. Sie ist Voraussetzung der zur Zeit herrschenden NATO-Doktrin von der Notwendigkeit einer "flexiblen Antwort", ⁶⁸⁾ deren Ziel es letztlich ist, die Glaubwürdigkeit der Abschreckung zu garantieren.

Demnach stimmen die beiden Weltmächte in der Grundfrage, daß der Krieg und sein Ausbruch regelbar, beherrschbar, machbar ist, überein. Daß dies die zutreffende Grundlage der Strategie ist, darin stimmen alle europäischen Völker überein, auch Frankreich, dessen Strategen sich nur weigern, das Konzept von der "angemessenen Antwort" zu übernehmen und auf der massiven Vergeltung beharren.

Ein Krieg läßt sich also vermeiden oder vom Zaune brechen. Daher gibt es krisenverschärfende Maßnahmen und Maßnahmen der Deeskalation. ⁶⁹⁾ Dafür, was krisenverschärfend wirkt, kann kein allgemeiner Maßstab angegeben werden, es hängt immer von der Deutung des Gegners ab. Sicher aber wirken krisenverschärfend alle Maßnahmen zur Erhöhung, vor allem zur schlagartigen Erhöhung des militärischen Potentials, einschließlich von Maßnahmen der Zivilverteidigung und zur Stärkung des wirtschaftlichen Potentials für die Bedürfnisse des Krieges. Krisenverschärfend kann daher schon die Tatsache wirken, daß Verordnungen zur Ausfüllung der Sicherstellungsgesetze verabschiedet werden.

Dennoch glaubte der Gesetzgeber differenzieren zu können, da er die Anforderungen differenzierte, unter denen das gesetzliche Instrumentarium gehandhabt werden darf. Sein Maßstab erstaunt jedoch.

Auch im Atomkrieg wird der Krieg, da er als ein Mittel zur Durchsetzung politischer Ziele eingesetzt wird, von Armeen getragen. Daher wird jede von der Krise berührte oder bedrohte Partei alle die Maßnahmen besonders argwöhnisch betrachten und als besonders bedrohlich empfinden, die die Kampfkraft der Armee heben. Das gilt insbesondere für die Einberufung von Reservi-

67) Darstellung der Einzelheiten bei Helmut Schmidt, Verteidigung oder Vergeltung, S. 33 ff.

68) Grundlage dieser Theorie ist das Buch von Maxwell D. Taylor, Uncertain trumpet ... (deutsch: So die Posaune...); vgl. auch Henry A. Kissinger, a. a. O., S. 113 ff.

69) vgl. dazu Hermann Kahn, Eskalation - die Politik mit der Vernichtungsspirale.

sten. In diesem Bereich muß man also besonders behutsam vorgehen, möchte man die Krise nicht unnötig verschärfen. Werden die Reservisten durch die Anordnung der Bundesregierung einberufen, so kann dies "in aller Stille" erfolgen, was, so könnte man meinen, besonders wenig krisenverschärfend wirkt. Andererseits birgt jede "geheime" Maßnahme die Gefahr in sich, daß sie der Gegner, dem sie doch nicht verborgen bleiben wird, als besonders bedrohlich ansieht, weil er ihr Ausmaß nicht kennt und ihre Beweggründe nur ahnen kann. Hier könnte eine Parlamentsdebatte, wie sie einem Beschluß nach Art. 80 a GG vorausgehen wird, Klarheit schaffen, und insbesondere deutlich machen, daß das verfassungsrechtlich verankerte Verbot des Angriffskrieges (Art. 26 GG) sehr ernst genommen wird.

Geht man dagegen davon aus, daß sich die Mobilisierung der Armee, soweit es eine solche heute noch gibt, rascher vollziehen läßt, als die notwendige Umstellung der Wirtschaft, so verschiebt sich das Bild nicht. Sie ist dann das wichtige Signal für den Gegner. Für diese, zeitlich früheren Maßnahmen, ist die Einschaltung des Parlamentes vorgesehen. Dennoch kommt der Einberufung von Reservisten noch eine eigenständige Bedeutung zu, weil sie das Verhältnis der militärischen Kräfte verändert, und deshalb immer als besonders bedrohlich aufgefaßt werden wird. Ist es aber möglich, daß das Parlament in dem frühen Krisenstadium eingeschaltet wird, und kann es die letzte Schwelle, den Eintritt des Verteidigungsfalles bestimmen, so ist nicht einzusehen, warum es bei den entscheidenden Schritten zwischen diesen Punkten nicht eingeschaltet werden soll. Es steht sonst in Gefahr, letztlich überhaupt keine Entscheidung treffen zu können: Den Beschluß über die Anwendung der Sicherstellungsgesetze nimmt ihm der NATO-Rat ab, über die Einberufung von Wehrpflichtigen befindet die Bundesregierung und die politische Entwicklung ist soweit gediehen, daß dem Parlament bei der Feststellung des Verteidigungsfalles keine andere Wahl bleibt, als ihn auszurufen.

Wenn man schon den Gesichtspunkt der außenpolitischen Beunruhigung in die Diskussion einführt, muß man ihn auch ernsthaft prüfen. Bei der derzeitigen Regelung ist es so, daß eine der schwerwiegendsten Entscheidungen gerade nicht beim Parlament liegt, wie dies durch die Einführung des Artikels 80 a GG erreicht werden sollte.

c) Zwingt die Mitgliedschaft in der NATO zu der Differenzierung?

Da die Bundeswehr voll in die NATO integriert ist, muß die Frage aufgeworfen werden, ob sich die Herausnahme der Anordnung des § 6 Abs. 6 WPfLG nicht durch die NATO-Integration rechtfertigen läßt. Die zentrale Bestimmung für alle Fragen, die einen möglichen Verteidigungsfall betreffen, ist Artikel 5

des Nordatlantikpaktvertrages vom 4. April 1949. ⁷⁰⁾ Er verpflichtet die vertragsschließenden Parteien, den Angriff auf einen von ihnen als einen Angriff auf alle anzusehen und dem Angegriffenen Beistand zu leisten, indem jede für sich und im Zusammenwirken mit anderen die Maßnahmen, einschließlich der Anwendung von Waffengewalt, trifft, die er für erforderlich erachtet, um die Sicherheit des nordatlantischen Gebietes wiederherzustellen und zu erhalten. Daraus ist zunächst einmal der Grundsatz abzuleiten, daß die NATO keine supranationale Organisation, sondern ein internationales Bündnis ist; denn keiner der Vertragsstaaten hat Souveränitätsrechte auf sie übertragen. ⁷¹⁾

Zugleich läßt Art. 5 die ursprüngliche NATO-Konzeption erkennen, wonach die Streitkräfte im Frieden der nationalen Führung unterstehen und erst im Verteidigungsfalle auf Beschluß des entsprechenden Staates unter einem gemeinsamen Oberkommando vereinigt werden. Da es sich zeigte, daß ein gemeinsamer Planungs- und Führungsstab schon im Frieden notwendig ist und daß auch er nicht ausreicht, den Einsatz der vorhandenen Kräfte optimal zu führen, ging man dazu über, dem zentralen Oberbefehl schon im Frieden Streitkräfte der Signatarstaaten zu unterstellen (integrierte Streitkräfte). ⁷²⁾ Die militärische Spitze erhält die notwendigen politischen Direktiven, z.B. den Einsatzbefehl, von der politischen Spitzengliederung des Bündnisses, dem NATO-Rat, in dem alle Mitglieder gleichberechtigt vertreten sind, und der seine Beschlüsse nur einstimmig fassen kann.

Anders als im Zeitalter des Absolutismus ist der Krieg und seine Führung nicht mehr nur eine Frage der verfügbaren Streitkräfte und der für sie angehäuften Magazinvorräte, sondern ein moderner Krieg ist ein Kampf der Wirtschaftspotentiale der beteiligten Länder. Alle Zweige der Volkswirtschaften müssen ihren Beitrag leisten, um den laufenden Bedarf der Truppe zu befriedigen. Da die Bedürfnisse im Kriege andere sind als im Frieden, muß die militärische Alarmplanung durch einen zivilen Alarmplan ergänzt werden, den jedes Mitgliedsland nach seinen Bedürfnissen und Fähigkeiten aufstellt und den die NATO koordiniert. ⁷³⁾ Sie kann auf diesem Gebiet allerdings nur beratend tätig werden. Da das militärische Instrument integriert ist, nicht dagegen die zivile Verteidigung, könnte darin der Grund für die Differenzierung liegen: Das Parlament wird nur bei Aufgaben eingeschaltet, die allein in der nationalen Verantwortung liegen.

70) Ratifikationsgesetz und Wortlaut des Vertrages: BGBl. 1955 II, S. 289.

71) NATO-Vertrag Art. 5 und 10; Friedrich Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 3, S. 146 ff. (S. 149).

72) vgl. zur Entwicklung der NATO, Engel, Handbuch der NATO, S. 58 ff., insbesondere S. 75 ff.

73) Engel, NATO-Handbuch, S. 202.

Es gibt jedoch eine ganze Reihe von integrierten Einheiten, die im Frieden nicht kriegsbereit sind, da ihre Mannschaftsstärken nicht dem Kriegssoll entsprechen und sie Ausbildungsaufgaben erfüllen, d.h. ein Teil ihrer Leute sind erst wenig ausgebildete Rekruten. Erst durch die Einberufung von Wehrpflichtigen kommen sie in die Lage, ihren Auftrag zu erfüllen. Diesen Einheiten fehlen jedoch nicht nur die Leute, sondern ein Teil ihres Materials, das ihnen erst in der Mobilmachungsphase aus dem zivilen Bereich zugeführt werden soll. Dazu gehört beispielsweise auch der Treibstoff. Deshalb sieht der NATO-Alarmplan vor, daß bestimmte militärische Alarmstufen mit bestimmten Maßnahmen auf dem Gebiet der Zivilverteidigung gekoppelt sind. Sind aber beide Bereiche notwendig gekoppelt, so ist nicht einzusehen, warum der deutsche Gesetzgeber differenziert. Der Sachzwang spricht für eine einheitliche Behandlung.

Die enge Verknüpfung dieser beiden Bereiche hat der Gesetzgeber auch deutlich gesehen: Ein Beschluß des NATO-Rates, der sich nach der Struktur des Bündnisses nur auf die militärische Mobilisierung beziehen kann, ersetzt nach Art. 80 a Abs. 3 GG den Beschluß des Deutschen Bundestages, durch den Maßnahmen der zivilen Verteidigung ausgelöst werden. Zudem nennt der Ausschußbericht die Feststellungen nach dem Wehrpflichtgesetz unmittelbar neben denen der Sicherstellungsgesetze.

Die Differenzierung erscheint also auch unter dem Stichwort "Bedürfnisse der NATO-Integration" als ungerechtfertigt.

- d) Zwingt die allgemeine Aufgabenzuweisung im gewaltenteilenden Staat zur Differenzierung?

In der parlamentarischen Auseinandersetzung um die sog. NATO-Klausel (Art. 80 a Abs. 3 GG) focht Bundesinnenminister Ernst Benda mit der Formel, der Gesetzgeber mache die Gesetze, die Exekutive wende sie an: Deshalb gehört die Feststellungs- oder Anordnungsbefugnis in allen einfachen Notstandsgesetzen zum Hausrecht der Exekutive; denn es handelt sich, so muß man ergänzen, um nichts anderes, als um Anwendungsfälle. Jede Einschaltung des Parlaments ist umgekehrt eine Ausnahme, die sich zwar rechtfertigen läßt, aus der aber keine weiteren Rechte abgeleitet werden können. Die Regierung opferte also "angestammte Rechte" im Kampf um die politische Zustimmung des Parlaments zur Generalkonzeption. Demgemäß sah der Minister in der "NATO-Klausel" keine gefährliche Preisgabe von Parlamentsrechten, sondern die, allerdings nur in der Ausnahmeregelung erfolgende Wiederherstellung des angestammten Besitzstandes der Regierung. ⁷⁴⁾

74) Bundesinnenminister Ernst Benda, in der Sitzung des Deutschen Bundestages vom 16.5.1968 (Sten.Ber. 5. Wahlperiode, 175. Sitzung, S. 9423 (A) und (D)).

Dem steht die These dieser Arbeit gegenüber, wonach die Feststellungen Beschlußfassung über einen Teil des gesetzgeberischen Ermessens sind, die nur zum Teil (WPflG) auf die Regierung delegiert ist. Nach dieser Wertung handelt es sich um ein Parlamentsrecht, und die Befugnis der Regierung stellt die Ausnahme dar.

Gegen Benda spricht zunächst ein formales Argument: Sind die Feststellungen nur ein Instrument, die Einheitlichkeit des Verwaltungsvollzuges sicherzustellen, als was sie nach Benda angesehen werden müssen, dann hat der Gesetzgeber überflüssiges in den Gesetzestext aufgenommen. Es ist eine der Hauptaufgaben der Regierung, und nicht zuletzt deshalb ist die zweite Gewalt hierarchisch gegliedert, einen einheitlichen Verwaltungsvollzug zu garantieren. Um ihr gerecht werden zu können, hat sie die Möglichkeit, allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen oder Einzelweisungen zu erteilen. Daß sie, wenn mehrere Ressorts beteiligt sind, von der Bundesregierung erlassen werden müssen, ⁷⁵⁾ gehört zu den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts, die im Normalfall, da zum Innenbereich der Verwaltung gehörig, nicht im Gesetz niedergelegt werden. Deshalb muß der Gesetzgeber mehr gemeint haben, als nur, den Vollzug der Alarmmaßnahmen sicherzustellen.

Neben die formale Argumentation muß jedoch auch die Ableitung aus materiellen Verfassungsprinzipien treten. Es geht um die Frage, ob das Prinzip der Gewaltenteilung, eines der tragenden Prinzipien unserer Verfassung, ⁷⁶⁾ die Einleitung von Alarmmaßnahmen dem Parlament oder der Regierung zuweist. Das Prinzip der Gewaltenteilung läßt sich ausfallen nach den verschiedensten Aspekten, die alle im einzelnen auf ihre Aussagekraft für unsere Frage zu überprüfen sind.

aa) Gewaltenteilung als Form der Arbeitsteilung

Unabhängig von ihrem Zweck, die Freiheit des Individuums zu schützen, führt jede Art von Gewaltenteilung zu einer Effektivierung der Staatstätigkeit; sie ist insoweit eine spezielle Anwendung des allgemeinen Prinzips der Arbeitsteilung. ⁷⁷⁾ Ihr entspricht es, daß man jede Doppelarbeit vermeidet. Deshalb weist die Gewaltenteilung, als Arbeitsteilung begriffen, die Aufgabe, die Vorbereitungsmaßnahmen auf den Notstand einzuleiten, der Bundesregierung zu: Sie erhält die notwendigen Informationen unmittelbar aus den ihr unterstehenden Nachrichtendiensten und über die NATO, mit der sie durch ihren Botschaft-

⁷⁵⁾ H. J. Wolff, Verwaltungsrecht II.

⁷⁶⁾ BVerfG vom 18.12.1953, BVerfGE 3, S. 247.

⁷⁷⁾ Peter Schneider, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat, in: AÖR 82, S. 2.

ter in ständigem Kontakt steht. Die Einschaltung des Parlaments erscheint dem gegenüber als ineffektiv, da mit ihr ein weiteres Organ eingeschaltet wird, das erst durch die Bundesregierung informiert werden müßte, und das wegen seiner Größe notwendig schwerfällig ist.

Hebt man also den Gedanken der Effektivität hervor, so handelt es sich um eine Aufgabe der Regierung.

bb) Gewaltenteilung als Funktionentrennung im Kernbereich

Eine ganze Reihe von Autoren ⁷⁸⁾ geht davon aus, daß moderne Verfassungen wohl den einzelnen Gewalten Aufgaben zuweisen, die ihnen nach dem Grundprinzip der Gewaltenteilung nicht zukommen, um die einzelnen Gewalten gegeneinander auszubalancieren, daß jede Gewalt aber einen Kernbereich von Aufgaben hat, der sie prägt und nur ihr zukommt. Die Legislative erläßt abstrakt generelle Regelungen, die die Exekutive auf den konkreten Einzelfall anwendet, während der Jurisdiktive die Rechtskontrolle obliegt.

Die Feststellungen lassen sich in dieses Schema nicht bruchlos einordnen. Sie sind generell, weil die Zahl der Anwendungsakte, in die sie als Tatbestandsvoraussetzung eingehen, nicht bestimmt ist und nicht bestimmbar ist. Denn wenn sie ergehen, ist noch nicht bestimmbar, wie die einzelnen Eingriffsermächtigungen aussehen werden. Sie ist andererseits in hohem Maße konkret, da sie die Antwort auf eine ganz konkrete Situation ist, die zu bewältigen, sie dient. Sie ist im Gesetz vorgesehen, und kann deshalb als Anwendungsakt begriffen werden. Ihr fehlt aber ein Kennzeichen, das sonst für jeden Anwendungsakt typisch ist: Sie greift nicht unmittelbar in die Rechte des Individuums ein.

Auf diesem Wege läßt sich also keine eindeutige Antwort gewinnen. Mehr Erfolg verspricht der Versuch, den Träger dieser Aufgabe dadurch zu finden, daß man sich fragt, für wen spricht die Verfassungsentwicklung. Sie läßt sich deutlich in drei Etappen gliedern. Im Kaiserreich gehörte die Armee zum Hausgut der Exekutive, insbesondere der Exekutivspitze, dem Kaiser. Kaiser Wilhelm I. hatte nicht vergessen, daß es die Armee gewesen war, die in der Revolution von 1848 den preußischen Thron gerettet hatte und in ihr sah er deswegen, den Hort monarchischen Geistes. Seine Auffassung, die Armee stehe außerhalb des Parlamentarismus, vermochte er auch letztlich im preußischen Heereskonflikt durchzusetzen. ⁷⁹⁾

78) Ernst Forsthoff, Lehrbuch, S. 9; Walter Jellinek, Lehrbuch, S. 8; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I § 17 II a; Richard Bäumlin, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1965 (Bd. 101), S. 96.

79) näheres bei Golo Mann, Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, S. 286 ff.; 301 ff.; 361.

Hans-Joachim Schoeps, Preußen, S. 240 ff., S. 258.

Korrigiert wurde dieser Zustand erst durch die Weimarer Verfassung, die dem Reichspräsidenten den Oberbefehl über die gesamte Armee übertrug (Art. 47 WRV). Unter ihm lenkte der Reichswehrminister die Geschicke der Armee, den die Verfassung mit einem Netz von Verantwortlichkeit überzogen hatte. Er war dem Reichspräsidenten verantwortlich, an die Richtlinien der Politik des Reichskanzlers gebunden und stand schließlich in der Ministerverantwortlichkeit gegenüber dem Reichstag (Art. 56, 57 WRV). Er hatte die Akte präsidialer Kommandogewalt gegenzuzeichnen und damit die parlamentarische Verantwortung zu übernehmen. Wichtigstes Kontrollinstrument des Reichstages war die jetzt nicht mehr umstrittene Budgetkontrolle, die bei dem Sonderetat für geheime Rüstungen durch einen Parlamentsausschuß ausgeübt wurde.⁸⁰⁾ Kriegserklärungen und Friedensschlüsse sollten durch Reichsgesetze erfolgen.

Damit hatten sich die Einflußmöglichkeiten des Parlaments auf die Armee deutlich gebessert, ja in der Theorie konnte von einer Ausbalancierung dieses Machtfaktors gesprochen werden. Die Verfassungspraxis sah jedoch anders aus: Ende 1920 erließ der Chef der Heeresleitung, General v. Seeckt, eine Heeresverordnung über die Erziehung in der Reichswehr.⁸¹⁾ Sie gab der jungen Reichswehr den Auftrag, in der Stunde der Gefahr ein Führer des Volkes zu sein. In normalen Zeiten sollte sie sich vom politischen Getriebe des Staates fernhalten. Sie wollte also in der Stunde der Gefahr dem Volke helfen, nicht den Staat / die Republik bewahren, zu der die von kaiserlichen Offizieren geführte Armee, nie ein Verhältnis fand.⁸²⁾ Die Republik brauchte die Armee in den schweren Zeiten, die sie zu durchstehen hatte, als Ordnungsfaktor und mußte sie ihr Eigenleben führen lassen. Deutliches Zeichen dafür war die Übertragung der Kommandogewalt auf den Chef der Heeresleitung,⁸³⁾ womit die Politik sich des Mittels begeben hatte, ihren Primat durchzusetzen. Die Armee wurde zum Staat im Staate.⁸⁴⁾

Aus dieser Entwicklung wollte der Verfassungsgeber lernen, als er sich daran machte, die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Wiederbewaffnung der Bundesrepublik zu legen. Unter Absage an den vom Geist des Militarismus geprägten Satz, daß die Wehrverfassung über die Staatsverfassung bestimme,⁸⁵⁾

80) Carl Hans Herman, Deutsche Militärgeschichte, S. 398.

81) HVBl. 1920 Nr. 79, abgedruckt bei Herman, a. a. O., S. 366.

82) nach Golo Mann, Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, S. 667.

83) dazu Herman, a. a. O., S. 379, 389 und 391.

84) Golo Mann, a. a. O., S. 719; Herman, a. a. O., S. 392; Udo Traut, Die Spitzengliederung der Deutschen Streitkräfte von 1921 bis 1964, jur. Diss., Würzburg 1965, S. 103 ff.; Günter Hahnenfeld, Wehrverfassungsrecht, S. 30 f., 19.

85) so Otto Hintze, Staatsverfassung und Heeresverfassung, in: Staat und Verfassung, S. 53 (S. 83).

verteilte man die neuentstehenden Aufgaben nach dem Grundsatz, wer nimmt eine inhaltsgleiche zivile Funktion wahr, auf die drei Gewalten im Staate. ⁸⁶⁾

Der Bundestag erhielt das Recht, den Rahmen der Organisation zu bestimmen und die notwendigen finanziellen Mittel zu bewilligen (Art. 87 a GG). Er beschließt die notwendigen Wehrgesetze. Der Bundesregierung wurde eine gegenüber der Tradition stark eingeschränkte ⁸⁷⁾ Befehls- und Kommandogewalt übertragen und die Verfügung über die Aufstellung, die Ausbildung und den Einsatz der Streitkräfte im Frieden anvertraut. Der Bundespräsident darf die üblichen Ehrenrechte (Ernennungen und Ordensverleihungen) wahrnehmen, die ihm auch gegenüber den zivilen Beamten zustehen. In die Kompetenz der Gerichte legte man die Entscheidung in den Wehrsachen.

Gewahrt durch die Entwicklung in Weimar, verstärkte man die Kontrollrechte des Parlaments außerordentlich: Den Geist der Armee, eine der Voraussetzungen für ihre Verselbständigung in der Weimarer Zeit, kontrolliert die neugeschaffene Institution des Wehrbeauftragten. Er überwacht die Einhaltung der Grundsätze der inneren Führung. Die wichtigen wehrpolitischen Entscheidungen werden im Verteidigungsausschuß mitgetroffen, der zudem das Recht hat, sich jederzeit als Untersuchungsausschuß zu konstituieren (Art. 45 a Abs. 2 GG). Das Parlament kontrolliert die Bundeswehr über sein Budgetrecht, das dadurch gegenüber Weimar effektiviert wurde, daß im Haushaltsplan die Grundzüge der Organisation, einschließlich der zahlenmäßigen Stärke festzulegen sind (Art. 87 a Abs. 1 Satz 2 GG).

Aus dem Gesagten läßt sich deutlich die Entwicklungslinie ablesen; die im Kaiserreich noch praktisch außerhalb der Einwirkungsmöglichkeit des Reichstages stehende Armee wurde voll der parlamentarischen Kontrolle unterstellt. Das gleiche gilt für die wichtigen wehrpolitischen Entscheidungen. Ihr entspricht es, wenn Art. 80 a GG die Auslösung von Alarmmaßnahmen von der Zustimmung durch das Parlament abhängig macht. Ihr widerspricht es, wenn man die militärische Mobilmachung ausklammert und auf dem verfassungsrechtlichen Zustand des Kaiserreiches stehen zu bleiben versucht.

Nach der historischen Entwicklung gehört die Entscheidung über Maßnahmen im Vorfeld also ebenso, wie die Entscheidung über Krieg und Frieden (Art. 115 a Abs. 1 und 115 Abs. 3 GG) in die Kompetenz des Parlaments.

86) Eberhard Barth, *Der Soldat im Rechtsstaat*, S. 25.

87) dazu näheres bei G. Hahnenfeld, *Wehrverfassungsrecht*, S. 79-87 im Vergleich zu S. 30.

cc) Gewaltenteilung zur Balancierung der Gewalten

Bei J. J. Rousseau⁸⁸⁾ und Montesquieu⁸⁹⁾ findet sich übereinstimmend, trotz der Divergenz in ihrer Grundauffassung, der Satz, daß jede Freiheit verloren ist, wenn die drei Staatsgewalten in einer Hand vereinigt sind. Daraus wird seit langem abgeleitet, daß die Staatsgewalten einander die Waage halten müssen, damit der einzelne frei bleibe.⁹⁰⁾ Daraus kann man die Forderung ableiten, daß alle Feststellungen vom Parlament getroffen werden müssen. Denn sie erweitern den Handlungsspielraum der Regierung und ermöglichen es, in die Freiheit des Einzelnen einzugreifen. Die dritte Gewalt aber vermag nur schwer das notwendige, wirksame Gegengewicht zu bilden, da Einberufungsbescheide unmittelbar vollzogen werden können, der Klageerhebung keine aufschiebende Wirkung zukommt und ihre Kontrolle auf den Fall des Mißbrauches beschränkt ist. Denn die Entscheidung "gestaltet" und das ist im gewaltenteilenden Staate eine Aufgabe von Parlament und Regierung.⁹¹⁾ Unter diesen beiden bevorzugt der Gedanke vom Gleichgewicht der Kräfte das Parlament. Es könnte jedoch sein, daß der Balancementgedanke durch die Forderung nach Effektivität überlagert wird, die alle Notstandsmaßnahmen regieren muß. Sie spricht dafür, die Feststellungen als Aufgabe der Regierung anzusehen, und das Parlament auf eine nachträgliche Kontrolle zu verweisen.

Das große Problem der nachträglichen Parlamentskontrolle liegt darin, daß die Ereignisse nicht warten, bis sich das deutsche Parlament versammelt hat, um über sie zu beraten. Wenn die Bundestagsdebatte zustande gekommen ist, kann es schon unmöglich geworden sein, die eingeleiteten Maßnahmen wieder rückgängig zu machen, obwohl die Situation, in der sie getroffen wurden, noch durchaus offen war. Eine solche Zwangsläufigkeit der Ereignisse kann, wie der Ausbruch des ersten Weltkrieges lehrt, die Möglichkeit freier Entscheidung nehmen. Deshalb steht eine nachträgliche Kontrolle der Regierung

88) Jean Jacques Rousseau, *Contrat social*, 3. Buch, 4. Kapitel, 2. Absatz.

89) Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, XI. Buch, 6. Kapitel, 6. Absatz; zur Gewaltenteilungslehre von Montesquieu wurde das Buch von Max Imboden, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, herangezogen.

90) Als moderne Vertreter dieser Ansicht sind zu nennen: Konrad Hesse, *Grundzüge*, S. 185; v. Mangoldt-Klein, *Kommentar*, Anm. V 5 b zu Art. 20 GG (S. 598); Maunz-Dürig, *Rdn.* 78 zu Art. 20 GG; Peter Schneider, *Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart*, in: *AöR* 82 (1957), S. 2; G. und E. Küchenhoff, *Allgemeine Staatslehre*, S. 141 f.

91) Peter Schneider, *a. a. O.*, S. 12.

durch das Parlament immer in Gefahr, nicht mehr effektiv werden zu können. Deshalb muß das Parlament zur Freigabe der Befugnisse eingeschaltet werden, weil andernfalls das Gegengewicht gegen die Regierung zu schwach ausfällt. Der Forderung nach Effektivität genügt es, wenn eine Ausnahmeregelung, wie wir sie in Art. 80 a Abs. 3 GG haben, zur Verfügung steht.

Die Aufgabe dem Parlament zu übertragen, dafür spricht noch ein innerstaatliches Argument. Durch die Errichtung der Bundeswehr erhielt die Exekutive einen Machtzuwachs, den die Kontrollrechte des Parlaments wohl in erträglichen Grenzen zu halten vermögen, der aber nicht völlig ausbalanciert wurde.

Als einziger Träger moderner Kriegswaffen ist die Armee ein Machtfaktor ersten Ranges in jedem Staate. Sie faßt menschliche Kräfte zu einem schlagkräftigen, durch Befehl und Gehorsam zusammengehaltenen System zusammen, ⁹²⁾ dessen höchstes Ziel die permanente Bereitschaft ist und dessen Angehörige immer in der Gefahr stehen, den ihnen erteilten Befehl als die einzig mögliche Antwort auf eine gegebene Situation zu betrachten. Demgegenüber wägt ziviles Denken ab zwischen den verschiedensten Lösungsmöglichkeiten und prüft die Grundlagen seiner Entscheidung ständig von neuem. Der Armee ist es deswegen suspekt. Ansätze zu einem solchen, typisch militärischen Denken lassen sich in der Bewertung der Institution des Wehrbeauftragten erkennen, den mancher Angehöriger der Bundeswehr als "Parlamentsspion" oder als "lästigen Spitzel" bezeichnet. ⁹³⁾ Die Truppe will sich abkapseln, keinen "Fremden" hineinsehen lassen. ⁹⁴⁾

Diese Tendenzen werden gefördert, wenn man das Parlament nicht bei allen Mobilmachungsmaßnahmen einschaltet. Denn es verstärkt sich der Eindruck, daß das Parlament im Grunde ungeeignet ist, wehrpolitische Entscheidungen zu treffen, daß überhaupt die Zivilisten aus der Bundeswehr hinaus müßten, auch schon in Friedenszeiten. ⁹⁵⁾ Der Erfolg der Gewaltenteilung als einem Instrument zum Schutze der Freiheit des Einzelnen hängt aber nicht zuletzt vom Bewußtsein derer ab, zu deren Schutz sie eingeführt ist. ⁹⁶⁾

So ergibt sich, daß auch der Gedanke der Gewaltenbalancierung die Unterstellung des Wehrpflichtgesetzes und des Zivilschutzkorpsgesetzes unter den Art. 80 a GG fordert.

92) Wolfgang Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, S. 102.

93) nach Wido Mosen, Die Dauerkrise des Wehrbeauftragten, in: Atomzeitalter, Jahrg. 1966, S. 37.

94) Barth, a. a. O., S. 21.

95) so im Ansatz Hans Georg von Studnitz, Rettet die Bundeswehr, S. 65.

96) Max Imboden, Montesquieu und die Lehre von der Gewaltentrennung, S. 23 f.

Den Gedanken, daß die Gewalten im Staates ausbalanciert sein müßten, der soeben auf unser Problem angewandt wurde, verwirft Hans Peters, weil er überholt sei: ⁹⁷⁾ Man muß sich darüber klar sein, daß die Verwaltung im modernen Staate übermächtig geworden ist, der gegenüber der Legislative oder der Jurisdiktive kaum noch ein eigenes Gewicht zukommt. Gewaltenteilung hat deshalb nur noch Sinn, wenn sie die übermächtige Exekutivgewalt durch ein klares System von Zuständigkeitsabgrenzungen aufspaltet. Sie ist nicht zuletzt durch die Hilfe des Föderalismus zu zerlegen und verwaltungsimmanent durch verwaltungseigene Kontrollorgane, durch die Kommunale Selbstverwaltung, im Sinne der Mitwirkung von Laien an der Verwaltung, und durch die Mitwirkung von fachlicher Erfahrung und Wissen in politischen Gremien in der Verwaltung zu entmachten. ⁹⁸⁾ So vermag die Freiheit des Bürgers vielleicht noch gesichert zu werden. ⁹⁹⁾

Die Konzeption verfehlt ihr Ziel jedoch. Die Verfügung über die Kompetenzen der fraglichen Gesetze ist klar geregelt und durch die Ausschüsse und Kammern ist das Laienelement in die Durchführung des Wehrpflichtgesetzes eingebaut (§§ 18, 33 Abs. 3, 26 Abs. 3, 33 Abs. 4 WPfIG und Musterungsverordnung). Ihren Forderungen ist also Rechnung getragen, aber die Verwaltung bleibt übermächtig. Sie kann die Aufgabe, die Feststellungen zu treffen, an sich ziehen, ohne daß dagegen ein Einwand erhoben werden könnte. Damit aber ist die Gewaltenteilung letztlich aufgegeben, die nach dem Grundgesetz zu den Grundprinzipien unserer Verfassung gehört. Der Versuch, sie zu retten, gibt sie auf, weshalb Gewaltenteilung nicht nur als Aufspaltung der zweiten Gewalt begriffen werden darf.

dd) Aufgabenzuweisung nach der Funktionsgerechtigkeit

Die beiden Gewalten, die für die Feststellungskompetenz in Frage kommen, haben letztlich eine ähnliche Aufgabe zu erfüllen. Sie gestalten das Leben im Staate. ¹⁰⁰⁾ Und doch vermögen beide nicht beliebiges zu leisten. Jede Organisation läßt sich nicht zu beliebigen Aufgaben heranziehen, sondern kann nur in dem Bereich optimal arbeiten, auf den hin sie konzipiert ist. ¹⁰¹⁾ Grundlage

97) Hans Peters, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, in: Festschrift für Wilhelm Laforet, S. 21 ff.

98) Hans Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, S. 23-29.

99) Zu ähnlichen Ergebnissen wie Hans Peters, kommt Otto Küster (Das Gewaltenteilproblem im modernen Staat, in: AöR 75 S. 402, 412), der von der Integrationslehre ausgeht.

100) Peter Schneider, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AöR 82, S. 12 ff.

101) Otto Küster, Das Gewaltenteilproblem im modernen Staate, in: AöR 75, S. 403.

der Parlamentsarbeit ist das Deliberations- und das Öffentlichkeitsprinzip, während die Exekutive ein streng hierarchischer Aufbau kennzeichnet, der nach dem Gesichtspunkt der Effektivität und der Sachnähe aufgebaut ist. ¹⁰²⁾ Deshalb lautet nach dieser Sicht der Gewaltenteilung die Frage, ob die Feststellungen sachgerechter in öffentlicher Verhandlung oder in dem kleinen, den Informationen näheren Gremium, Bundesregierung, getroffen werden können.

Montesquieu, der Klassiker der Gewaltenteilungslehre, entscheidet klar im letzteren Sinne: "Ist die Armee einmal ins Leben gerufen, so darf sie nicht unmittelbar von der legislativen Körperschaft abhängig sein, vielmehr von der exekutiven Befugnis. Das liegt in der Natur der Sache: ihre Aufgabe besteht mehr im Handeln, als im Beratschlagen". ¹⁰³⁾ Seine Antwort ist jedoch, wie der Kontext ergibt, abgeleitet aus dem Militärsystem seiner Zeit, der Zeit der Kabinettskriege, die mit Söldnerheeren geführt und durch Magazinvorräte genährt wurden. Es galt, so berichtet Gerhard Ritter, der Grundsatz, daß der Krieg so geführt werden muß, daß die Zivilbevölkerung möglichst wenig in Mitleidenschaft gezogen wird. ¹⁰⁴⁾

Ein moderner Krieg ist in ganz anderem Umfang auf regelmäßige Lieferungen aus der Volkswirtschaft angewiesen. Er ist umfassender geworden. Er ist nicht mehr nur die Sache der Armee, sondern weil er durch die Luftwaffe bis ins Hinterland getragen wird, die Sache des ganzen Volkes. Niemand kann sich mehr seinen Auswirkungen entziehen. Die Entscheidung über Krieg und Frieden hat ein ganz anderes Schwergewicht bekommen, sie ist eine Frage existenzieller Bedeutung geworden. Um die richtige Entscheidung muß daher ganz anders gerungen werden, als in den Zeiten der Kabinettskriege. Damals mag es entscheidend gewesen sein, den richtigen Zeitpunkt für den Beginn der Kampfhandlungen zu bestimmen, da man eigentlich immer bereit war, einen Krieg zu führen. Für diese Entscheidung war die Regierung dank ihrer Informationsquellen und ihres Stabes militärischer Fachleute die geeignete Instanz. Heute muß Kriegsverhütung das entscheidende Kriterium sein, zu der das Parlament einen entscheidenden Beitrag zu leisten vermag. Denn das Parlament muß den Kompromiß, durch den ein Krieg verhütet wurde, ratifizieren. Deshalb muß es zuvor sagen können, welche Zugeständnisse der Regierung es zu akzeptieren bereit ist.

Da Kriege nicht mehr durch Kriegserklärungen beginnen, sondern begonnen werden, wenn eine politische Krise eine bestimmte Intensität erreicht hat,

102) Peter Schneider, a. a. O., S. 20; ähnlich auch Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 182.

103) Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, XI. Buch, 6. Kapitel, 62. Absatz.

104) Gerhard Ritter, Staatskunst und Kriegshandwerk, Bd. 1, Kapitel 1 und 2, insbesondere S. 41 f. und S. 56-59.

kommt der politischen Aufgabe der Krisenbeherrschung eine außerordentliche Bedeutung zu. Sie zu leisten, kann das Parlament, dessen Funktionsmodus die Beratung einer großen Zahl von Abgeordneten ist, wertvolle Beiträge liefern. Diesem Gedanken hat die Notstandsverfassung für alle Sachbereiche entsprochen, mit einer Ausnahme, der Einberufung der Wehrpflichtigen und Angehörigen des Zivilschutzkorps. Unerfindlich aber bleibt, warum es einen solchen Beitrag zur Frage dieser Mobilmachung nicht soll leisten können.

Es erscheint daher funktionsgerechter, das Parlament auch bei dieser Entscheidung einzuschalten und die Feststellungen nach dem Wehrpflichtgesetz und dem Zivilschutzkorpsgesetz ebenfalls dem Art. 80 a GG zu unterstellen.

ee) Gewaltenteilung als Forderung gelebter Demokratie

Nach dieser Konzeption erfolgte die Zuweisung der Aufgaben im Staate nicht nur nach Prinzipien, die aus der Struktur der einzelnen Gewalten oder ihrem Sinnzusammenhang genommen werden, sondern es ist notwendig, eine Verbindung mit dem demokratischen Prinzip herzustellen. Das bedeutet, daß alle Entscheidungen, die für das Leben im Gemeinwesen grundlegend sind, dem unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament zugewiesen werden.¹⁰⁵⁾ Die Führung der laufenden Geschäfte des täglichen Lebens obliegt der Verwaltung.¹⁰⁶⁾

Die Entscheidung über Krieg und Frieden, die in der EntschlieÙung über die Feststellungen schon zu einem guten Teil vorweggenommen wird, da jede Feststellung krisenverschärfend wirken kann, ist keine alltägliche Entscheidung. Dazu greift sie viel zu sehr in das gesamte Leben des Volkes ein. Denn die Notstandsgesetze lassen keinen Lebensbereich unberührt, der nicht von existenzieller Bedeutung für den Einzelnen wäre. Einzige Ausnahme ist zur Zeit die Bewirtschaftung von Wohnraum, für die keine gesetzliche Vorsorge getroffen ist. Die Bedeutung der Feststellungen ist also innen- wie außenpolitisch außerordentlich. Für die Einberufung von Wehrpflichtigen gilt dafür keine Ausnahme.

Ein Beschluß von außerordentlicher Tragweite bedarf der unmittelbaren demokratischen Legitimation, die ihm nur das Repräsentationsorgan des ganzen Volkes, das von ihm gewählte Parlament, geben kann. Deshalb fallen auch die Kompetenzen nach dem Wehrpflichtgesetz und dem Zivilschutzkorpsgesetz in den Aufgabenkatalog des Parlaments. Es durfte sich in der Aufteilung der Feststellung gerade nicht frei fühlen, sofern es sich seinen Pflichten nicht entziehen

105) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 188.

106) in diesem Sinne Peter Schneider, a. a. O., S. 20, AöR 82.

will. Die Feststellungen sind ein genuines Recht des Parlaments. ¹⁰⁷⁾

ff) Gewaltenteilung als Mittel der Machtteilnahme

Oben schon begannen wir den Blick auf die Gewaltenteilungskonzeption von Werner Weber ¹⁰⁸⁾ zu werfen. Wir folgten seinen Gedankengängen bis zu dem Punkt, an dem er darlegt, daß sich das ursprüngliche Schwergewicht der Gewalten durch den Sturz der Monarchie verflüchtigt hat und daß heute hinter der ersten und zweiten Gewalt dieselben Gruppenmächte stehen. Diese aber stehen ständig bereit, die Staatlichkeit zu paralysieren, weil sie ihre Aktivität nicht am Gemeinwohl orientieren.

Übersetzt in die Sprache Werner Webers lautet das Problem, ob das Parlament oder die Regierung die Feststellungen treffen soll, wem von beiden die Verteidigung des Staates anvertraut werden kann. Er gibt der Exekutive den Vorzug, weil in ihrem Dienst am Ganzen der Kristallisationspunkt der Staatlichkeit liegt und weil sie demokratisch legitimiert mit einem aus eigener Würde dienenden Beamtentum verbunden ist. ¹⁰⁹⁾ Sie ist deshalb die Instanz, die in der Ausnahmesituation berufen ist, das Volk zur befriedeten Ruhesituation zurückzuführen. An sie fällt, bei schwerer Störung von Ruhe und Ordnung originär die erteilte Verantwortung für das Schicksal des Staates zurück. ¹¹⁰⁾

Bei solcher Sicht der Gewaltenteilung kann die Kompetenz, die Feststellungen zu treffen, nur eine Instanz im Staate für sich in Anspruch nehmen: Die Regierung.

gg) Zusammenschau der Aspekte der Gewaltenteilung

Die Betrachtung der einzelnen Aspekte, die die Literatur der Lehre von der Teilung der Gewalten abgewonnen hat, ergab ein recht einheitliches Bild. Bis auf zwei Ausnahmen, Gewaltenteilung als Arbeitsteilung und Gewaltenteilung als Mittel der Machtteilnahme, sprachen sie sich alle dafür aus, die Feststellung nach dem Wehrpflichtgesetz und dem Zivilschutzkorpsgesetz in die Hände des Parlaments zu legen.

Beides aber sind der Sache nach keine echten Ausnahmen. Von der Grund-

¹⁰⁷⁾ Das wurde für die Feststellung des Verteidigungsfalles (früher 50 a GG, jetzt 115 a GG) von K. Hesse, *Grundzüge*, S. 218 und von Wolfgang Martens, *Grundgesetz und Wehrverfassung*, S. 156, vertreten.

¹⁰⁸⁾ vgl. Werner Weber, *Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem*, in: C. Schmitt-Festschr., S. 253 ff.

¹⁰⁹⁾ a. a. O., S. 272.

¹¹⁰⁾ a. a. O., S. 269.

position dieser Arbeit aus, vermag Werner Weber nichts zur Erhellung des Gewaltenteilungsprinzips beizutragen, weil wesentliche Voraussetzung seiner Konzeption eine Identitätsvorstellungen entspringende Sicht des Gemeinwohls ist, die hier nicht geteilt wird. Sie scheidet daher aus der Betrachtung aus.

Liegt der Sinn der Gewaltenteilung nur in einer Arbeitsteilung, so trifft die Regierung die Feststellungen. Nur eine solche Verfassungsregelung trüge dem Gedanken der Effektivität voll Rechnung. - Beide Weltmächte haben ihre Armee so hoch technisiert, sind dadurch so beweglich geworden und verfügen über so hochgradig einsatzbereite Verteidigungs- und Angriffswaffen, daß sie einen Krieg mit einer außerordentlich kurzen Vorbereitungszeit beginnen können. Das zwingt dazu, die eigenen Vorbereitungsmaßnahmen ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Effektivität zu ordnen. 111)

Es scheint jedoch keiner der beiden Weltmächte gelungen zu sein, einen entscheidenden technischen Durchbruch zu erzielen, der es ihr erlaubt, den Gegner durch einen Präventivschlag zu lähmen und einen Gegenschlag nicht mehr fürchten zu müssen. Zudem gehen beide davon aus, daß es nicht das Ziel eines Krieges sein kann, das Land des anderen in eine auf Dauer nicht mehr zu bewohnende Wüste zu verwandeln. Deshalb ist anzunehmen, daß dem Ausbruch eines Krieges eine politische Spannungszeit vorgelagert ist, über deren Dauer sich allerdings keine festen Voraussagen machen lassen. Diese Spannungszeit erlaubt es, Notstandsregelungen nicht nur unter dem Gedanken der äußersten Effektivitätssteigerung zu sehen. Effektivitätssteigerung ist nur ein, wenn auch ein wichtiger Gesichtspunkt, der bei der Abfassung von Notkompetenzen zu beachten ist.

Gewaltenteilung als Arbeitsteilung wächst daher nicht über den Bereich hinaus, den ihr das Verfassungsrecht im Frieden einräumt. Bei dem Verständnis des Rechtsstaatsprinzips, das unserer Verfassung zugrunde liegt, ist sie ein Nebeneffekt, kein Hauptzweck. Denn wenn man sie darüber hinaushebt, wird sie zu einem technischen Mittel, auf das auch eine totalitäre Verfassung nicht verzichten kann; 112) sie verselbständigt sich und überwuchert alle anderen Gesichtspunkte.

Sinn der Gewaltenteilung nach dem Grundgesetz ist es jedoch, die Freiheit

111) Gerd Willms, Parlamentarische Kontrolle und Wehrverfassung, S. 162.

112) Peter Schneider, Prinzipien des totalitären Staats- und Rechtsdenkens, a. a. O., S. 14.

des einzelnen Bürgers zu schützen. ¹¹³⁾ In dem Rahmen, der damit vorgegeben ist, halten sich alle anderen Auffassungen vom Sinn der Gewaltenteilung, weil sie ihn voraussetzen.

Das Bild ist einheitlich geworden: Es entspricht dem Prinzip der Gewaltenteilung, die Feststellungen vom Parlament treffen zu lassen.

hh) Ist die gegenwärtige Regelung wegen eines Verstoßes gegen das Prinzip der Gewaltenteilung verfassungswidrig?

Die Bewahrung der Balance zwischen den drei Gewalten erhebt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zum entscheidenden Maßstab, an dem es mißt, ob eine Regelung wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verfassungswidrig ist. ¹¹⁴⁾ Sie wird dadurch, daß das Wehrpflichtgesetz und das Zivilschutzkorpsgesetz nicht der Regelung des Art. 80 a GG unterstellt wird, nicht so schwer gestört, daß die derzeitige Regelung verfassungswidrig genannt werden muß.

Die Einleitung von Mobilmachungsmaßnahmen - der Begriff sei gebraucht, obwohl er historisch etwas anderes meint, als die Einberufung von Reservisten zu zeitlich unbeschränkten Wehrübungen - nimmt den Beschluß, daß der Verteidigungsfall eingetreten ist, nicht notwendig vorweg. Der Beschluß nach Art. 115 a GG wird nicht notwendig zum Formalakt, weil die Entwicklung der politischen Krise nicht mit der Notwendigkeit eines Naturvorganges abläuft. Zum anderen kann es im parlamentarischen Regierungssystem nicht ohne Folgen bleiben, wenn die Bundesregierung zwar die Feststellungen nach dem Wehrpflichtgesetz getroffen hat, der Bundestag aber die Zustimmung zur Anwendung der Sicherstellungsgesetze verweigert, ¹¹⁵⁾ bzw. einen entsprechenden NATO-Beschluß aufhebt. Solange das Parlament aber eine solche Aufhebungsmöglichkeit hat, kann es einen Einfluß auf die Entwicklung ausüben, und solange gewinnt die Exekutive kein entscheidendes Übergewicht über die Legislative. Sie

113) Dieser Grundgedanke der Gewaltenteilung wird immer wieder betont: Peter Schneider, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AöR 82, S. 26; Otto Küster, Das Gewaltenproblem im modernen Staat, in: AöR 75, S. 401 f.; Hans Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, S. 23; Hermann Jahrreiß, Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, Nawiasky-Festschr., S. 119 (mit weiteren Nachweisen). BVerfG vom 27.4.1959, E 9 S. 279 und jüngst vom 20.6.1967 BVerfGE 22, S. 111.

114) BVerfG vom 27.4.1959, BVerfGE 9, S. 279 f.

115) in diesem Sinne Scherer-Krekeler, Anm. II 1 zu § 21 a WPflG.

bleibt also unter einer wirksamen parlamentarischen Kontrolle.

Auch wenn man die anderen Aspekte untersucht, unter denen sich Gewaltenteilung fassen läßt, ändert sich das Ergebnis nicht. An Kernfunktionen der Gewalten orientiert sich, wer sich darüber im klaren ist, daß die Gewaltenteilung nicht klassisch rein verwirklicht, sondern durch Gewaltenverschränkungen überlagert ist. Man rechnet also mit Ausnahmen, die nur dann unzulässig sind, wenn sie soweit reichen, daß eine Gewalt ganz unter den Einfluß einer anderen gerät. 116)

Die Verlängerung historischer Entwicklungslinien führt nicht zu unabwiesbaren Forderungen, da die Geschichte nicht notwendig geradlinig verläuft. Deshalb ist es nicht unabweisbar, Funktionen zu trennen, wenn dafür die historische Entwicklung spricht.

Die Verschiebung des künftigen Kriegsbildes oder eine entscheidende Veränderung der strategischen Konstellation, wie sie sich aus der technischen oder politischen Entwicklung ergeben kann, läßt es möglich erscheinen, der Effektivität dann einen anderen Rang einzuräumen. Es kann sein, daß man dann, bei einer erneuten Überprüfung zu dem Schluß kommt, Verhandlung und Abstimmung des Deutschen Bundestages würden Zeit in Anspruch nehmen, die ihm, wenn man sich überhaupt verteidigen will, nicht eingeräumt werden kann. Im Moment liegen Anzeichen dafür aber nicht vor.

Wenn der Gedanke der Effektivität eine solch überragende Bedeutung gewinnt, wird man sich auch mit einer begrenzten demokratischen Legitimation begnügen müssen, wie sie die Regierung, bei parlamentarischer Verantwortlichkeit für sich in Anspruch nehmen kann. Ihre Handlung bleibt zwar ein Akt der Gesetzgebung, der ihr aber, wie man aus Artikel 80 GG schließen kann, übertragen werden darf. Denn dem Erfordernis einer klaren Eingrenzung der Befugnis ist dadurch, daß der Inhalt der Regelung vom Parlament verabschiedet ist, Genüge getan.

4. Die Differenzierung und das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit

Untersucht man das mit der Differenzierung aufgeworfene Problem an Hand des der Gewaltenteilung übergeordneten Prinzips der Rechtsstaatlichkeit, so bestätigt sich das zuvor gefundene Ergebnis. Welche Grundsätze zum unverzichtbaren Kern der freiheitlich-demokratischen Grundordnung der Bundesre-

116) vgl. etwa Maunz-Dürig, Rdn. 111 zu Art. 20 GG.

publik gehören, hat das Bundesverfassungsgericht im SRP-Urteil ¹¹⁷⁾ aufgeführt: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität und die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für die politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.

Die demokratisch bestimmten Merkmale dieses Kataloges lassen sich für die Frage der Differenzierung nicht fruchtbar machen: Das Mehrparteiensystem, Chancengleichheit, Bildungs- und Operationsfreiheit der politischen Parteien werden von den Feststellungen nicht angetastet. Auch die Prinzipien der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Grundsatz, daß die Regierung dem Parlament verantwortlich ist, sowie die Unabhängigkeit der Gerichte müssen durch die Feststellungen keine Einbußen hinnehmen.

Die formalen Strukturprinzipien des freiheitlich demokratischen Rechtsstaates erlauben also keine Bewertung der Differenzierung. Sie muß daher vom materialen Kern des Rechtsstaatsprinzips aus gesucht werden. Ihn bildet ein System von Güter- und Risikoabwägungen, denen ein Ziel gemeinsam ist. Sie suchen die Mitte zwischen den Bedürfnissen des Gemeinwohls, dem Schutz der Gemeinwohlüter, wie etwa die Garantie der Sicherheit und Existenz des Gemeinwesens, und den Interessen und Rechten des Individuums. Der Rechtsstaat kennt die Gefahren, die dem Einzelnen und seiner Freiheit aus der Machtentfaltung des Staates erwachsen können und die Gefährlichkeit eines extensiven Freiheitsgebrauches durch das Individuum. ¹¹⁸⁾ Er erlaubt es zur Bewältigung außerordentlicher Situationen, außerordentliche Vollmachten zu erteilen, um die Not bewältigen zu können. Er weiß aber auch um die Gefahren eben dieser Kompetenzen und verlangt daher Sicherungen gegen eine Inanspruchnahme zur Unzeit. Die außerordentlichen Ermächtigungen dürfen daher nur von einer vertrauenswürdigen Instanz in der konkreten Gefahrenlage freigegeben werden. Sie kann im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat nur das vom Volke gewählte Parlament sein. ¹¹⁹⁾

Dieser Forderung des Rechtsstaates, daß nur das Parlament die außerordentlichen Befugnisse zur Anwendung freigeben darf, widerspricht die Differenzie-

117) BVerfG Urteil vom 23.10.1952, BVerfGE 2, S. 1 ff. (S. 14) = NJW 1952, S. 1407 ff.; bestätigt durch das KPD-Urteil des BVerfG vom 17.8.1956, NJW 1956, S. 1393 ff.

118) Peter Schneider, Güterabwägung im freiheitlichen Rechtsstaat, in: Integritas, S. 365 f.

119) Peter Schneider, a. a. O., S. 367 f.

rung. Im Wehrpflichtgesetz ist diese Befugnis nicht dem Parlament, sondern der Regierung eingeräumt, und im Gesetz nicht einmal ein Aufhebungsrecht des Parlaments vorgesehen. Ein solches wäre aber für die Feststellungen nach dem Wehrpflichtgesetz besonders dringlich: Denn die Anordnung nach § 6 Abs. 6 WPfLG erlaubt es der Bundesregierung, jeden gedienten Wehrpflichtigen zum zeitlich unbegrenzten Bereitschaftsdienst heranzuziehen, was für viele, weil es sie überraschend treffen wird, einen schweren Eingriff in ihre zivile Existenz bedeutet. Zum zweiten hat dieser Beschluß eine außerordentliche krisenverschärfende Wirkung. Die Bundeswehr ist stolz darauf, über eine Million Wehrpflichtige ausgebildet zu haben, die alle, wenn der Beschluß der Bundesregierung, mit äußerster Konsequenz durchgeführt wird, Bereitschaftsdienst leisten müssen. Einer solchen Verstärkung der Streitkräfte wird der Gegner nicht tatenlos zusehen. Die Gefahr eines Kriegeausbruches vergrößert sich bedeutend.

Das Parlament vermag aber, obwohl das im Gesetz nicht vorgesehen ist, dennoch einen Einfluß auf diese Entscheidung der Bundesregierung zu nehmen. Es ist bei allen Maßnahmen eingeschaltet, durch die die zivile Verteidigungsbereitschaft beschleunigt hergestellt wird. Verweigert es die dazu notwendigen Beschlüsse und Zustimmungen oder hebt es einen darauf gerichteten NATO-Beschluß auf (Rechte aus Art. 80 a GG), so kann die Bundesregierung, an deren parlamentarischer Verantwortlichkeit die Anwendung von Notstandsvorschriften nichts ändert, ihre Beschlüsse nicht auf Dauer aufrechterhalten bzw. weiterhin durchführen. 120)

Der Bundestag hat also, auch wenn es im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat, die Möglichkeit auf die Entscheidungen der Bundesregierung Einfluß zu nehmen, der Forderung des Rechtsstaatsprinzips Genüge zu tun. Er kann seine Befugnis so effektiv handhaben, daß sich der Rechtsstaat nicht in einen autoritären Notrechtsstaat pervertiert. 121)

Es bleibt jedoch ein gewisser Grund zur Sorge: Es kann geschehen, daß die Entscheidung der Bundesregierung und die durch sie ausgelösten Maßnahmen die politische Krise so verschärfen, daß der Bundestag, wenn er sich schließlich versammelt hat, die Entscheidung nicht mehr aufzuheben vermag. Ein seiner Verantwortung bewußter Bundestag wird es jedoch zu verhindern wissen, daß ihn die Bundesregierung in dieser Weise überspielt.

120) in diesem Sinne Scherer-Krekeler, Anm. II 1 zu § 21 a WPfLG.

121) Diese Folge tritt ein, wenn den Forderungen des Rechtsstaatsprinzips nicht Folge geleistet wird (Peter Schneider, Notstandsrecht, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1376).

5. Ergebnis

Es erscheint nicht folgerichtig, daß die Feststellungen nach dem Wehrpflichtgesetz und nach dem Zivilschutzkorpsgesetz nicht dem Art. 80 a GG unterstellt wurden. Wenn der Gesetzgeber diese Differenzierung beseitigt, entsprechen seine Regelungen den Forderungen des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit und der Gewaltenteilung optimal, ohne daß deswegen der Gedanke der Effektivität unberücksichtigt bleibt.

Die derzeitige Regelung erreicht aber noch immer ein so hohes Maß an Rechtsstaatlichkeit, daß sie nicht verfassungswidrig ist.

F. DIE THESEN DER ARBEIT

1. Die Grundprinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung nach dem Grundgesetz (das Rechtsstaatsprinzip, das Prinzip demokratischer Willensbildung und der föderale Aufbau der Bundesrepublik) verhindern die Schaffung wirksamer Vorschriften für den Verteidigungsfall nicht. Nach diesen Verfassungsgrundsätzen kann und muß auch das Recht für den äußeren Notstand geordnet werden.
2. Die Feststellungen werden nach Tatbeständen getroffen, die durch unbestimmte Rechtsbegriffe gekennzeichnet sind. Die Gerichte haben sie daher nach den Grundsätzen zu beurteilen, die für die Nachprüfung unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum entwickelt worden sind. Ihre Kognition ist darauf beschränkt, ob die zuständigen Verfassungsorgane von falschen Informationen ausgegangen sind, ob das gesetzlich geschaffene Instrumentarium dazu benützt werden soll, anderen als Verteidigungszwecken zu dienen, und schließlich darauf, ob der Gleichheitssatz beachtet worden ist. Die Begrenzung ihrer Kognition wird es den Gerichten nur bei besonderen Fallgestaltungen erlauben, auszusprechen, daß die Feststellungen zu Unrecht getroffen wurden. Dazu kommt, daß sie die Feststellungen, bzw. die von ihnen rechtlich abhängigen Maßnahmen auch dann aufrecht zu erhalten haben, wenn sich nicht erweisen läßt, ob die Sicherheit der Bundesrepublik gefährdet ist.
3. Die Feststellungen sind zu veröffentlichen, was grundsätzlich im Bundesgesetzblatt vorgenommen werden muß. In Eilfällen erscheint eine analoge Anwendung des Art. 115 a Abs. 3 Satz 2 GG für die Beschlüsse des Art. 80 a GG angebracht.
4. Es wäre folgerichtiger gewesen, wenn der Gesetzgeber nicht nur, wie vorgesehen, das Bundesleistungsgesetz, sondern auch das Wehrpflichtgesetz und das Zivilschutzkorpsgesetz der Regelung des Art. 80 a GG unterworfen hätte. Die derzeitige Fassung dieser Gesetze ist wegen dieses Gesichtspunktes jedoch nicht verfassungswidrig.

LEBENS LAUF

Am 26. Mai 1942 wurde ich als Sohn des Regierungsbaurats Carl-Bodo v. Wehrs und seiner Ehefrau Christa-Annette, geb. v. Reden, in Sorau/Niederschlesien geboren. Nach Besuch der humanistischen Gymnasien in Freiburg/Br. und Wiesbaden bestand ich am 2. März 1961 das Abitur. Im Anschluß daran studierte ich an den Universitäten Mainz, Frankfurt/M. und Freiburg/Br. insgesamt acht Semester Rechtswissenschaften. Das Erste Staatsexamen bestand ich am 18. Juni 1965 vor dem Justizprüfungsamt in Mainz. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 11. 2. 1971 ab.

